نظام القضاء والشهادة

في الشريعة الإسلامية الغراء

تأليف
العلامة المحقق
الشيخ جعفر السبحاني

الجزء الأول

مؤسسة
الإمام الصادق (ع)
إيران - قم

بسم الله الرحمن الرحیم

نظام القضاآ و الشهاده فی الشریعه الاسلامیه الغراآ

کاتب:

جعفر سبحانی

نشرت فی الطباعهٔ:

موسسه الامام الصادق علیه السلام

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

نظام القضاآ و الشهاده فی الشریعه الاسلامیه الغراآ المجلد ۱

اشارة

سرشناسه : سبحانی تبریزی، جعفر، - ۱۳۰۸

عنوان و نام پدیدآور : نظام القضاآ و الشهاده فی الشریعه الاسلامیه الغراآ/ تالیف جعفر السبحانی

مشخصات نشر : قم: موسسه الامام الصادق (ع)، ۱۴۱۸ق. = ۱۳۷۶.

مشخصات ظاهری : ج ۲

شابک : ۱۹۶۴-۶۲۴۳-۱۴-۲بها:۱۲۰۰۰ریال(هرجلد) ؛ ۱۹۶۴-۶۲۴۳-۱۴-۲بها:۱۲۰۰۰ریال(هرجلد) ؛ ۱۹۶۴-۶۲۴۳-۱۴-۲بها:۱۲۰۰۰ریال(هرجلد) ؛ ۱۹۶۴-۶۲۴۳-۱۴-۲بها:۱۲۰۰۰ریال(هرجلد) ؛ ۲۹۶۴-۶۲۴۳-۱۵-۰

یادداشت : کتابنامه

موضوع : قضاوت (فقه)

شناسه افزوده : موسسه امام صادق (ع)

رده بندی کنگره : BP۱۹۵/س۲ن۶ ۱۳۷۶

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۵

شماره کتابشناسی ملی : م۷۷-۵۸۹۳

[المقدمة]

اشارة

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

القضاء و دوره فی استتباب الأمن و استقرار العدل

تقوم الحکومة الإسلامیة علی دعائم ثلاث

اشارة

، یلعب کلّ منها دوراً هاماً فی تشیید معالمها و هی عبارة عن:

۱ـ السلطة التشریعیّة.

۲ـ السلطة التنفیذیّة.

۳ـ السلطة القضائیّة.

فللسلطة التشریعیة مراحل نشیر إلیها علی وجه الإیجاز:

أ. مرحلة التشریع

: أی سنّ القوانین و جعلها: و هو مختص بالله سبحانه، و لیس لأحد حقّ التقنین و التشریع، و هذا ما یعبر عنه بالتوحید فی التقنین.

ب. مرحلة الاستنباط

: أی استنباط ما شرّعه الله سبحانه فی الکتاب و السنّة و غیرهما من مصادر التشریع، و یقوم بتلک المهمة الفقهاء العظام.

ج. مرحلة التخطیط

: و هی وظیفة المجلس النیابی الذی یضم نواب الأُمّة من ذوی الاختصاص، و تطرح فیه البرامج المختلفة فی مجالات شتی علی ضوء القوانین

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴

الإسلامیة.

هذا کلّه حول السلطة التشریعیة.

و أمّا السلطة التنفیذیة

فهی التی تأخذ علی عاتقها إدارة البلاد بصورة مباشرة دون أن یکون هناک التزام بأُسلوب و صورة خاصة لإدارتها غیر کونه موافقاً للشرع، و لأجل ذلک تتبع کلّ ما تجده صالحاً حسب مقتضیات الزمان. فإنّ المطلوب من صاحب الشریعة هو الترکیز علی لزوم السلطة و مواصفات القائمین علیها، و أمّا أسالیب التنفیذ فإنّما تتبع متطلبات الزمان شریطة أن لا تکون مخالفة لما سنّه الإسلام.

و أمّا السلطة القضائیة

التی هی موضوع بحثنا فی هذا التقدیم، فتمثل مکان الصدارة فی استتباب الأمن و النظام، و استقرار العدل، و صیانة الحقوق و الحرّیات من التعسّف و التعدی، و بذلک یسود التوازن و القسط و العدل ربوع ذلک المجتمع.

و یکفی فی الإشارة إلی منزلة القضاء الرفیعة انّه من شئون الأنبیاء، کما نلاحظه فی قوله سبحانه: (یا داوُدُ إِنّا جَعَلْناکَ خَلِیفَةً فِی الْأَرْضِ فَاحْکُمْ بَیْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ وَ لا تَتَّبِعِ الْهَوی فَیُضِلَّکَ عَنْ سَبِیلِ اللّهِ) (ص/ ۲۶).

و کان الأنبیاء یصدرون فی فصل الخصومات عن الکتب السماویة دون أن یتعدوها قید شعرة، قال سبحانه: (إِنّا أَنْزَلْنَا التَّوْراةَ فِیها هُدیً وَ نُورٌ یَحْکُمُ بِهَا النَّبِیُّونَ الَّذِینَ أَسْلَمُوا لِلَّذِینَ هادُوا) (المائدة/ ۴۴).

و یخاطب الله سبحانه نبیّه الخاتم بقوله: (وَ أَنِ احْکُمْ بَیْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللّهُ وَ لا تَتَّبِعْ أَهْواءَهُمْ وَ احْذَرْهُمْ أَنْ یَفْتِنُوکَ عَنْ بَعْضِ ما أَنْزَلَ اللّهُ إِلَیْکَ) (المائدة/ ۴۹).

هذه هی مکانة القضاء و هؤلاء هم القضاة (الأنبیاء) و هذه برامجهم، فلیس للقاضی القضاء طبقاً للقوانین الوضعیة التی لا تمتُّ إلی أحکام السماء بصلة، و لا القضاء بالهوی، و قد نوّه سبحانه إلی ذینک الأمرین بقوله: (فَاحْکُمْ بَیْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللّهُ وَ لا تَتَّبِعْ أَهْواءَهُمْ عَمّا جاءَکَ مِنَ الْحَقِّ) (المائدة/ ۴۸).

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵

وحدة السلطة التنفيذية و القضائية و فصلهما

إنّ الرائج فی العصور المتأخرة فصل السلطتين القضائية و التنفيذية لمصالح تقتضيه، و لكلّ سلطة حدودها و مجال نفوذها، لئلّا تتداخل إحداهما فی شئون الأُخرى.

و لا نرى فی الإسلام أصلًا لهذا الفصل، لا بمعنى انّ الإسلام ينهى عنه و يمنع منه، بل ترك فصل السلطتين أو وحدتهما إلى مقتضيات الزمان، فالنبی صلَّى الله عليه و آله و سلَّم أوّل من مارس القضاء فی الشريعة الإسلامية كما مارس فی الوقت نفسه السلطة التنفيذية، فكان بشخصه يُمثِّل السلطتين، و قد بلغ عناية القرآن بلزوم التسليم أمام قضائه حدّاً، عدّ التسليم لقضائه من مقدمات الإيمان، قال سبحانه: (فَلَا وَ رَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِی أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ وَ يُسَلِّمُوا تَسْلِيماً) (النساء/ ۶۵)، فكان حاكماً و قاضياً و فی الوقت نفسه كان ينصب القضاة، فقد بعث صلَّى الله عليه و آله و سلَّم عليّاً إلى اليمن للقضاء و دعا فی حقّه قائلًا: «اللّهمّ اهد قلبه و ثبّت لسانه» «۱». كما بعث معاذاً إلى اليمن لهذه المهمة أيضاً، و سار على هذا النهج، الخلفاء الذين أخذوا بزمام الأُمور بعد رحيل النبی صلَّى الله عليه و آله و سلَّم فكانوا ولاة و قضاة فی آن واحد.

و لما غادر الإمام عليه السلام البصرة إلى الكوفة و جعلها دار الخلافة، فقد مارس القضاء و هو وال إضافة إلى أنّه عليه السلام نصب شريحاً لمهمة القضاء و شرط عليه أن لا ينفذ ما قضاه حتى يعرضه عليه. «۲»

فالفصل بين السلطتين أو وحدتهما أمر متروك إلى المصالح.

و هنا نكتة جديرة بالبحث و هی انّ الحافز من وراء فصل السلطتين فی الأوساط الغربية هو عدم اشتراطهم شيئاً من المواصفات فی السلطة التنفيذية سوى الدهاء و

---

(۱) الجزری: جامع الأُصول: ۱/ ۵۴۹ أخرجه أبو داود و الترمذی.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳ من أبواب صفات القاضی، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۶

العقل و الكفاءة الذاتية من دون اشتراط عنصر الإيمان و العدالة و الزهد على خلاف ما اشترط الإسلام، و قال سبحانه: (الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَّاهُمْ فِی الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَ آتَوُا الزَّكَاةَ وَ أَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَ نَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَ لِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ) (الحج/ ۴۱).

فلو مارس الحاكم بهذه المواصفات مهمّة القضاء لا يهمه سوى اجراء العدالة دون أن يستغل مقامه السامی فی إحقاق الباطل و إبطال الحق. بخلاف الحاكم فی الأنظمة الغربية فلا يبعد أن يستغل مقامه فی صالح المبطل و ضدّ المحق.

إنّ على عاتق الجمهورية الإسلامية رفع المستوى الفقهی للقضاة، فلا تنصب لتولی مديرية هذه المهمّة إلّا من له أهليّة الاستنباط فی باب القضاء و الشهادات و الحدود و الديات التی يجمعها لفظ عنوان الأحكام و السياسات.

كما أنّ على عاتق مديرية الحوزة العلمية أن تجعل القضاء إحدى مواد مناهجها الدراسية يتخصص بها، لفيف من الفضلاء و هذه أمنيّة كسائر الأمانی التی لم أزل أنادی بها منذ زمن بعيد.

و فی الختام أتقدّم بالشكر الجزيل إلى ولدی الروحی الفاضل حجّة الإسلام و المسلمين الشيخ «محمد الهادی به» حيث حضر هذه البحوث بوعی و دقة كما حضر سائرها و أشرف على هذا الكتاب الماثل بين يدی القارئ إشرافاً علمياً منذ تدوينه إلى إخراجه بهذه الحلة الرائعة، فشكر الله مساعيه و جعله من العلماء العاملين و نفع الله به الإسلام و المسلمين، آمين ربّ العالمين.

قم. مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام للأبحاث و الدراسات الإسلامية جعفر السبحانی فی ۱۵ من شهر ربيع الأوّل من شهور عام ۱۴۱۸ ه

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٧

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيم

الحمد لله الذى أمر عباده بالقضاء بالعدل و الحقّ، و نهاهم عن الحكم بالجور و العسف. و الصلاة و السلام على رسوله الذى بعثَه بالحُجج و البيّنات، و رافقه بالصحف و الكتاب، و على وصيّه الحاكمِ بالقسط، و أقضى الأمّة، و عترته الطاهرين، أئمّة العدل و خلفاء الله على الأرض، صلاة لا نهاية لها.

أمّا بعد: فقد طلب منّى لفيف من الفضلاء الأكارم، و جمع من العلماء الأماثل، إلقاءَ محاضرات حول القضاء فى الإسلام، الذى اشتدّت الحاجة إليه بعد قيام الثورة الإسلاميّة فى ايران و زادت الرغبة إلى فهم أصوله و دقائقه بين طلّاب الفقه و بغاة الفضيلة فنزلت عند رغبتهم، سائلًا من اللّه سبحانه العصمة من الخطاء فى القول، و الزلل فى العمل، إنّه خير معين و مجيب.

فنقول: مقاصد القضاء أربعة:

الأوّل: القاضى و صفاته.

الثّانى: فى آداب القاضى.

الثالث: فى كيفيّة الحكم.

الرابع: فى أحكام الدعاوى.

و قبل الخوض فى المقصود نقدّم اموراً:

اشارة

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٨

الأمر الأوّل: فى أن القضاء أحد الدعائم الثلاث لسعادة المجتمع

اشارة

من سَبر الكتب الفقهيّة و أمعن النظر فى المصادر الإسلاميّة، يقف على أنّ الشريعة الإسلاميّة اعتمدت فى إدارة المجتمع على أركان ثلاثة، لكل شأنه و موقفُه و لا يستغنى عنها اهل الدّين فى زمان من الأزمنة، و أنّ رحى الحياة فى جميع الأدوار تدور عليها، و هى:

١ السائس و الحاكم

هذا هو الركن الأوّل لإدارة المجتمع، و المقصود منه وجود قوّة تنفيذيّة، تنفّذ و تطبّق ما جاء به صاحب الشريعة فى مجالات مختلفة، و فى ظلّ هذه القوّة المتمثّلة فى الحاكم الإسلامى، يسود الأمنُ على البلاد، و يُجْبى الصدقاتُ و الزكاة، و تُجرى الحدودُ و الأحكام على العصاة و الطغاة، و تُحفظُ ثغور البلاد من دخول الأعداء و تسلّل الكفّار إلى أراضيها و أجوائها ليفسدوا الأمر عليهم. إلى غير ذلك من وظائفَ لِسائس القوم و حاكمهم و منظِّم أمورهم فى مجال ترويج الاقتصاد و التّجارة، و بسط العدل و القسط، و صيانة الأمّة من الظلم و التعدّى و ما شابهها، و تختلف وظائف السائس قلّة و كثرة حسب إختلاف الحضارات و البيئات الّتى تحيط به.

قال سبحانه (الَّذِينَ إِنْ مَكَّنّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقامُوا الصَّلاةَ وَ آتَوُا الزَّكاةَ وَ أَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَ نَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَ لِلّهِ عاقِبَةُ الْأُمُورِ) (الحج/ ۴١)

و قال الإمام على بن موسى الرضا عليه السلام: «إنّا لا نجد فرقة من الفرق و لا ملّة من الملل، بقوا و عاشوا إلّا بقيّم و رئيس لما لا بدّ

لهم منه فی أمر الدین و الدنیا، فلم یجز فی حکمة الحکیم أنْ یترکَ الخلقَ ممّا یعلم أنّه لا بدّ لهم منه و لا قوامَ لهم إلّا به،

فیقاتلون به عدوّهم، و یقسمون فیئهم و یقیمون به جمعتهم و جماعتهم، و یمنع ظالمهم فیه مظلومهم». «۱» و عُبّر عن السائس فی الروایات، بالحاکم و السلطان و الإمام إلی غیر ذلک.

۲ القاضی و الفاصل للخصومات

و هذا هو الرکن الثانی لإدارة المجتمع الإسلامی بل مطلق المجتمع البشری لأنّ الحیاة الفردیة، لا تثیر أی اختلاف و نزاع بخلاف الحیاة الجماعیّة فإنّ الاختلاف فیها وافر نابع من جهات عدیدة فتثیر التزاحم و التصادم فی الحقوق و الأموال، إمّا طمعاً فی حقوق الآخرین و أموالهم أو جهلًا بالحکم و الوظیفة و اعتقاداً بملکیّة ما لیس یملکه أو بحقّ لیس یستحقّه، فلا مناص من وجود قوة قضائیة و سلطة نافذة فاصلة للخصومات، محلّة للعُقَد، ببنان العدل و الانصاف و فی ضوء القانون النازل من الله سبحانه و إلی ذلک تشیر الآیات الواردة فی سورة المائدة من الآیة الثانیة و الأربعین إلی الآیة الخمسین.

۳ المفتی و المجتهد

إنّ الإسلام لیس مجرّد أوراد و طقوس جافّة لا تتجاوز عدّة آداب و مراسیم، یُلْقیها القُسُّ «۲» فی الکنائس بل هو ذو تشریع مسهب فیه حیاة الفرد و المجتمع فی عاجلهما و آجلهما، یغنیهم عن الاستعانة بأیّة قوّة تشریعیة أجنبیة، غربیة و شرقیة فی مجال العبادات و المعاملات و الأحوال الشخصیة و السیاسات، و القضاء و الشهادات.

إنّ التشریع الإسلامی بما یتمتّع من السعة و الاسهاب، یعدُّ من معاجز النبی الأکرم، و آیةُ صلته بقدرة غیر متناهیة، استطاع علی إغناء المجتمع عن أیّ نظام

---

(۱) علل الشرائع: ۲۵۳. و للحدیث ذیل فمن أراد التفصیل فلیرجع إلیه.

(۲) القس: کفلس، رئیس رؤساء النصاری فی الدین و العلم، و کذلک القسیس.

تشریعی فی کلّ ما یمت إلی الحیاة الفردیّة الاجتماعیة و السیاسیة و الخُلقیة و البیئیّة بصلة.

إنّ هذه الأرکان الثلاثة قد تجتمع فی شخص واحد کما فی الرسول الأکرم و أوصیائه و قد لا تجتمع کلها فی شخص لضرورات اجتماعیة توجب تقسیم الوظائف و المناصب، و مثل هذا لا یعنی فصل الدین عن السیاسة.

و یکفی فی أهمیّة مقام القضاء أنّه سبحانه اختار أنبیاءه للقیام به و قد خاطب نبیّه داود بقوله: (یا داوُدُ إِنَّا جَعَلْناکَ خَلِیفَةً فِی الْأَرْضِ فَاحْکُمْ بَیْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ وَ لا تَتَّبِعِ الْهَوی فَیُضِلَّکَ عَنْ سَبِیلِ اللّهِ) (ص/ ۲۶).

و قال مخاطباً نبیه (وَ إِنْ حَکَمْتَ فَاحْکُمْ بَیْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ یُحِبُّ الْمُقْسِطِینَ) (المائدة/ ۴۲) و قال سبحانه: (وَ أَنْزَلْنا إِلَیْکَ الْکِتابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقاً لِما بَیْنَ یَدَیْهِ مِنَ الْکِتابِ وَ مُهَیْمِناً عَلَیْهِ فَاحْکُمْ بَیْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللّهُ وَ لا تَتَّبِعْ أَهْواءَهُمْ عَمّا جاءَکَ مِنَ الْحَقِّ) (المائدة/ ۴۸)

و قال سبحانه: (وَ أَنِ احْکُمْ بَیْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللّهُ وَ لا تَتَّبِعْ أَهْواءَهُمْ وَ احْذَرْهُمْ أَنْ یَفْتِنُوکَ عَنْ بَعْضِ ما أَنْزَلَ اللّهُ إِلَیْکَ) (المائدة/ ۴۹)

و لیس المراد من الحکم فی الآیات هو الحکم فیما یرجع إلی الأُصول و العقائد، بل المراد هو الحکم فی مجال الفروع و ذلک بوجهین:

۱-- قوله سبحانه: (وَ کَیْفَ یُحَکِّمُونَکَ وَ عِنْدَهُمُ التَّوْراةُ فِیها حُکْمُ اللّهِ ثُمَّ یَتَوَلَّوْنَ مِنْ بَعْدِ ذلِکَ وَ ما أُولئِکَ بِالْمُؤْمِنِینَ) (المائدة/ ۴۳)

فإنّه بحكم قوله: «يحكّمونك و عندهم التوراة فيها حكم اللّه» صريح فى كون مجال الحكم هو الفروع.

۲- ما روى فى شأن نزول الآيات عن الإمام الباقر عليه السلام و جماعة من المفسّرين: إنّ امرأة من خيبر ذات شرف بينهم زنت مع رجل من أشرافهم و هما محصنان فكرهوا رجمهما فأرسلوا إلى يهود المدينة و كتبوا إليهم أن يسألوا النبى عن ذلك طمعاً

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۱

فى أن يأتى لهم برخصة .... «۱»

و الآيات و إن كان خطاباً للنبى الأكرم، لكنّه من قبيل: «إياك أعنى و اسمعى يا جارة» فهى تدلّ بوضوح على أنّ القاضى فى مظنّة اتّباع الهوى، معرضاً عن الحقّ، و أنّ المترافعين ربّما يفتنونه عن القضاء بما أنزل الله و عليه فلا يتصدّى لذلك المقام إلّا من امتحن الله قلبه، للتقوى، و امتلأ جوانحه بالخوف و الخشية.

و يكفى من السنّة، ما روى أنّ لسان القاضى بين جمرتين من نار «۲» حتّى يقضى بين الناس فإمّا إلى الجنة و إمّا إلى النار. «۳»

و روى المفيد مرسلًا عن النبى صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: فإنّ من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين. «۴»

إلى غير ذلك من الآيات و الروايات النّاصة على خطورة الموقف و عظمة المسئولية للقاضى.

الأمر الثانى: القضاء لغة و اصطلاحاً

اشارة

ذكر اللغويون للقضاء معانى مختلفة، ففى القاموس: القضاء: الحكم، و الصنع و الحتم، و البيان، و قضى: مات، و قضى عليه: قتله، و قضى وطرَه: أتمّه و أدامه، و قضى عليه عهداً: أوصاه و أنفذه، و قضى إليه: أنهاه، قضى غريمه دينَه: أدّاه.

و لكن الظاهر أنّ الجميع من طوارئ المعنى الواحد، الذى نصّ عليه ابن

---

(۱) الطبرسى: مجمع البيان ۲/ ۱۹۳ ط صيدا.

(۲) الجمرة: النار المتقدة.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۳.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۲

فارس فى مقاييسه الذى ألّفه لبيان أُصول معانى الألفاظ و جذورها و قال: له أصل صحيح يدلّ على إحكام أمر و إتقانه و إنفاذه قال سبحانه: (فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ) «۱» أى: احكم خلقهنّ، و القضاء: الحكم، قال سبحانه: (فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ) «۲» أى: اصنع و احكم، وسمى القاضى قاضياً لأنّه يحكم الأحكام و ينفذها، و سمّيت المنيّة قضاء، لأنّه أمر ينفذ فى بنى آدم و غيره فى الخلق. «۳»

فكل فعل يصدر عن فاعله بإحكام و إتقان، و تنفيذ، فهو قضاء و الموارد المذكورة فى عبارة القاموس من مصاديق هذا المعنى الواحد. و إن شئت قلت: المادّة وضعت للفعل، الصادر عن الفاعل بإتقان و استحكام و أمّا خصوصيّة الفعل من الصنع، و الحكم و الموت، و الأداء، و قضاء الحاجة فإنّما تعلم من القرائن و المتعلّقات فإذا تعلّق بالسماوات، يكون قرينة على أنّ الصادر بإتقان، هو الخلق، و إذا تعلق بالدّين، يكون دليلًا على أنّ الصادر، الأداء، و إذا تعلّق بحكم تشريعى، يكون المراد هو الحكم مثل قوله: (وَ قَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ) (الاسراء/ ۱۱۷)

تعاریف أربعة للقضاء

هذا کلّه حول معنی القضاء لغة و أمّا اصطلاحاً فقد عرّف بوجوه:

۱- عرّفه الشهید بقوله: «ولایة شرعیة علی الحکم فی المصالح العامّة من قبل الإمام». «۴»

۲- عرّفه الشهید الثانی بقوله: «ولایة الحکم شرعاً لمن له أهلیة الفتوی بجزئیات القوانین الشرعیّة علی أشخاص معیّنة من البریة بإثبات الحقوق

---

(۱) فصلت: ۱۲.

(۲) طه: ۷۲.

(۳) ابن فارس: المقاییس، مادة «قضاء».

(۴) الشهید: الدروس: ۱۶۸.

و استیفائها للمستحق». «۱»

و الأوّل أعمّ من الثانی، لعدم شمول الأخیر، لمثل إثبات الهلال، لأنّه لیس من قبیل إثبات الحقوق و استیفاؤها للمستحق.

و یرد علی التعریفین أمران:

أ إنّ الولایة لیست نفس القضاء و إنّما هی المصحّحة له، لأنّ نفوذ الفصل بین المتخاصمین یتوقّف علی کون القاضی ذا ولایة تجعل حکمه نافذاً فی حقّ المولّی علیه، أشبه بنفوذ تصرّف الأب و الجدّ فی حقّ الصغیر، فتکون الولایة من مؤهلات القضاء و مصححاته، لا نفسه.

و ما ربّما یقال إنّ الغرض من ذکر الولایة بیان أنّ القضاء الصحیح من المراتب و المناصب کالإمارة و هو غصن من شجرة الرئاسة العامّة للنبی «۲» غیر تام لأنّه صحیح ثبوتاً و لا یکون مصحّحاً لأخذها فی التعریف المبین لماهیّة القضاء.

ب إنّ التعریفین لا یشملان قضاء النبی و الإمام، لتقیید الولایة فی الأوّل بکونها من قبل الإمام، و بمن له أهليّة الفتوی فی الثانی، و النبیّ لیس بمفت و کذا الإمام، و کون الولایة شاملة لما یکون من قبل الله، و إن کان یدخل فیها قضاء الإمام فیهما، لکن تقییدها بکونها من قبل الإمام فی التعریف الأوّل و بمن له أهلیّة الفتوی فی التعریف الثانی، یخرج قضاء النبی و الإمام عن التعریف.

إلّا أن یقال: المقصود هو تعریف القضاء الرائج و هو قضاء غیر النبی و الإمام.

۳- القضاء: فصل الأمر قولًا أو فعلًا. «۳»

---

(۱) المسالک: ۲/ ۳۸۸، الطبعة الحجریة عام ۱۲۶۸.

(۲) النجفی، الجواهر: ۴۰/ ۹.

(۳) کشف اللثام، و فیه: فصل الأمر مکان الخصومة.

یلاحظ علیه مع عدم شموله لمثل الحکم فی مورد الهلال و النسب و النکاح إذا لم یکن مورداً للخصومة بل کان الأمر مبهماً تمام الإبهام للطرفین: أنّ فصل الخصومة لیس نفس القضاء بل من آثاره أولًا و أنّ للقاضی شئوناً وراء الفصل. کإجراء الحدود و التعزیرات، و إصدار القرار الذی هو حکم مؤقّت حتی یستمرّ التحقیق و یتمیّز المحقّ عن المبطل و یصدر الحکم النهائی ثانیاً، الّا أن یقال إنّ إجراء الحدود بعد ثبوته وظیفة شرعیّة و لیس من شئون القضاء.

۴- القضاء: هو الحكم بين الناس. «۱»

و هو أحسن التعاريف و يكمل بإضافة ما يعدّ من شئون القاضى سواء كان غاية للحكم، كإثبات حقّ أو نفيه أو إجراء الحدود و التعزيرات، أو لغرض مصالح المسلمين كالحكم بالهلال و النسب، أو مقدّمة له كالحكم على تعقيب المجرم، و جلبه إلى المحاكم، و توقيف الأموال، أو الحكم بجمع القرائن و الشواهد.

ثمّ إنّ الفرق بين الفتوى و حكم القاضى واضح و هو أنّ الفتوى إخبار عن الحكم الكلى و ليس لها أثر إلّا تنجّز الواقع، و أمّا القضاء فهو إنشاء حكم جزئى مطابق للحكم الكلى الصادر من الله.

و إن شئت قلت: إنّه حكم جزئى فى مورد شخصىّ و يفترق عن حكم الحاكم باشتراط سبق النزاع فى القضاء دون حكم الحاكم فى الأمور العامّة.

و الحكم الصادر من القاضى له أحكام مثل عدم جواز نقضه إلّا فى موارد جزئية، و يجب على الآخرين تنفيذ حكمه و إن خالف اجتهاده ما لم يخالف دليلًا قطعياً، و عدم ضمانه إذا لم يكن مقصّراً، و كون الضرر على بيت المال، و له ولاية على كل مولّى عليه إذا لم يكن له ولىّ إلى غير ذلك من الشئون.

***

(۱) الروضة ۳/ ۱۶۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج‌۱، ص: ۱۵

الأمر الثالث: القضاء منصب يتقوّم بالولاية

اشارة

القاضى فى كلمات فقهائنا على أقسام ثلاثة:

۱- القاضى المنصوب من قبل النبى و الإمام فى زمان الحضور.

۲- قاضى التحكيم و هو ما يتراضى المترافعان على قضائه و حكمه إذا كان عارفاً بالأحكام.

۳- القاضى المأذون بالإذن العام فى زمان الغيبة كما هو الحال بالنسبة إلى الفقهاء فى زمان الحضور و الغيبة حيث أمر المعصوم بالرجوع إليهم، صيانة لهم عن الرجوع إلى حكّام الجور و فقهائهم حسب ما ورد فى مقبولة عمر بن حنظلة. «۱»

لا شكّ أنّ القضاء فى القسم الأوّل منصب إلهى، لا يتمتّع به الإنسان إلّا فى ظلّ التنصيب و التعيين و هو يلازم الولاية فيما عُيِّنَ له و يكون القضاء عندئذ غصناً من دوحة الرئاسة العامّة الثابتة للنبى و الأئمّة كما أنّه فى القسم الثانى ليس منصباً و ليس للمتصدّى ولاية لما يلى، لكن لمّا رضى المترافعان بقضائه و تعهّدا على تطبيق العمل على حكمه، صار قضاؤه نافذاً.

إنّما الكلام فى القسم الثالث أى القاضى المأذون فهل القضاء فيه منصب و ولاية على المولّى عليهم، أو هو أشبه بقاضى التحكيم؟ المشهور، هو الأوّل و صار البعض إلى القول الثانى.

استدل للثانى بأنّ لسان أدلّة القاضى المأذون، أشبه بلسان قاضى التحكيم حيث ورد فى المقبولة قوله: «انظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا، و نظر فى حلالنا و حرامنا، و عرف أحكامنا فارضوا به حكماً» «۲» فأمرهم بالتراضى بحكم

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۶

ذلک القاضـی کما هو شأن قاضـی التحکیم، و مثله خبر أبی خدیجة حیث قال: «انظروا إلی رجل منکم یعلم شـیئاً من قضایانا فاجعلوه بینکم فإنّی قد جعلته قاضیاً فتحاکموا إلیه» «۱» فإنّ قوله: «فاجعلوه بینکم» أی اختاروه لأن یحکم بینکم و لا یخرج هذا عن شأن قاضی التحکیم و علی ضوء ذلک فماهیة القضاء لا تلازم کونه منصـباً و أن یکون فیه ولایة بشـهادة صدقه علی القسم الثانی و لا نصب فیه و لا ـ ولایـة و القاضـی المـأذون أشبه به، نعم یصـدق قولهم فی القاضـی المنصوب بـأنّ فیه ولایـة، و لکن ذلک لیس باعتبار القضاء بل باعتبار النصب، و هو لا یختصّ بالقاضـی، بل کل من له صـلة بالدولة و یکون منصوباً مِنْ قِبَلِها و یکون له ولایة علی العمل الذی عیِّن لأجله.

یلاحظ علیه:

أوّلًا: أنّه إذا کان القاضـی المأذون فی زمان الغیبـة أشـبه بقاضـی التحکیم، بشـهادة وحـدة اللسان، فلما ذا عقّبه الإمام بقوله: «قد جعلته قاضـیاً فتحاکموا إلیه». فإنّ الجعل فیه بمعنی النصب، فیکون أشـبه بالقاضـی المنصوب، غایة الأمر، أنّ الثانی منصوب بشخصه و عینه و هذا منصوب بوصفه و رسمه.

و ثانیاً: أنّ الاستدلال علی أنّ ماهیة القضاء لا تلازم کونه منصباً و أن تکون فیه ولایة، بقاضی التحکیم، فإنّه فاقد للمنصب و الولایة مع کونه قاضیاً، غیر تام.

لأنّ القضـاء الحقیقی، هو القضاء المؤیـد بالقوّة و القـدرة مادّیـة کانت أم معنویـة کما هو الحال فی قضاء النبی و الإمام و الفقهاء عند عدم بسط الید، و أمّا الفاقد لها کقاضی التحکیم، فإنّه أشبه بحلّ العقدة بالرجوع إلی القرعة، أو المصالحة، أو قانون العدل و الانصاف أو ما أشبه ذلک کما کان الحال عند اختلاف

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۷

قریش فی من یتولّی وضع الحجر الأسود فی مکانه، عند ما عمدوا إلی بناء الکعبة من جدید، فرضوا أن یکون أوّل من یدخل من باب المسـجد قاضیاً بینهم، فکان أوّل من دخل من قریش محمّد الأمین صلَّی الله علیه و آله و سلَّم فلمّا رأوه قالوا: هذا الأمین، رضینا، فقال صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: «هلمّوا إلیّ ثوباً» فأخذ الحجر و وضعه فیه ثمّ قال: لتأخذ کل قبیلة بناحیة من الثوب ثمّ ارفعوه جمیعاً ... «۱»

و علی هذا الاحتمال لیس قاضی التحکیم من مصادیق القضاء، و إنّما هو محاولة من المترافعین لحلّ الخلاف.

و إن أبیت إلّا عن کونه من مصادیقه فنقول إنّ قاضـی التحکیم یتمتّع بالنصب و الولایـة، أمّا الأوّل فمن جانب المترافعین، و أمّا الولایة فرضاهما علی التصرّف فی مورد القضاء تصرفاً محدوداً، و قد سلم القائل انّ النصب یلازم الولایة.

و الحاصل: أنّ قاضی التحکیم لا یخلو عن نصب مؤقّت من جانب المترافعین، و ولایة معطاة من ناحیتهما.

دلیل القول المشهور

یمکن الاستدلال علی مختار المشهور بوجهین:

الأوّل: إنّ القضاء یتوقّف علی النصب و هو دلیل الولایة

توضیحه: الأصل المسلّم عدم نفوذ حکم أحد، علی أحد، إلّا حکمه سبحانه فلو قلنا بنفوذ رأی قاض فی مورد، فلا بدّ أن یکون داخلًا فی المسـتثنی بنحو من الأنحـاء و یکون حکمه، حکمه و لا یتحقق ذلک إلّا بالنصب من جانبه سـبحانه إمّا بالاسم و الشـخص کما فی

القاضى المنصوب، أو بالوصف و الخصوصية كما فى القاضى المأذون و لو لا النصب بوجه من الوجوه، لا يدخل تحت المستثنى.

ثمّ إنّ النصب لا ينفكّ عن الولاية إلّا إذا كان النصب صورياً كما هو الحال

---

(١) ابن هشام، السيرة النبوية: ١٢/ ١٩٩١٩٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٨

فى مورد شريح. «١» فإذا كان النصب جدّياً، لغاية نفوذ رأيه و قضائه فهذا عبارة أُخرى عن وجود الولاية له فيما يتولّاه، و لولاها، لما كان لنفوذ قضائه وجه.

و الحاصل: أنّه لو لا النصب، لما دخل فى المستثنى، و هو آية الولاية و أنّه لولاها فيما يتولّاه لما كان لنفوذ رأيه وجه، إذ يكون مثل الأجنبى لا صلة له بمورد القضاء.

حتى لو قطعنا النظر عن كون القضاء قائماً بالنصب، قلنا بولايته مع قطع النظر عنه، و ذلك بالإمعان فى ماهية القضاء و آثاره، فإنّ القضاء لا ينفكّ عن التصرّف فى الأنفس و الأعراض و الأموال و الحقوق، و كيف يصحّ التصرف فيها بلا ولاية له؟

الثانى: إنّ الإمعان فى الآيات و الروايات يعطى أنّ القضاء حسب الطبع الأوّلى أمر يتوقف على المنصب فمن الآيات قوله سبحانه: (يا داوُدُ إِنّا جَعَلْناكَ خَلِيفَةً فِى الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ) (ص/ ٢٦) حيث رتّب الحكم، على جعله خليفة فيها و هو المنصب و من الروايات قول أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه إلّا نبىّ أو وصىّ نبىّ أو شقىّ» «٢» أى مجلس القضاء مجلس من نصبه الله سبحانه للقضاء مثل النبى داود عليه السلام أو وصيه الذى هو أيضاً منصوب من جانبه سبحانه بالواسطة، و قول أبى عبد الله عليه السلام لسليمان بن خالد: «اتقوا الحكومة فانّ الحكومة إنّما هى للإمام، العالم بالقضاء، العادل فى المسلمين لنبى (كنبىّ) أو وصىّ نبىّ»، و التقريب كما سبق. ٣

كلام المحقق الآشتيانى

قال قدّس سرّه فى وجه دلالة الآية على كون القضاء منصباً بأنّه سبحانه عزّ و جلّ

---

(١) حيث اشترط الإمام عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه (الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١.

(٢) ٢ و ٣ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٢- ٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٩

فرّع جواز الحكومة على كونه خليفة أى منصوباً من الله، فينتفى بانتفائها. ثمّ أورد عليه بوجوه:

١- إنّ المتفرّع على الخلافة وجوب الحكم لا جوازه، فلا يدلّ على انتفاء الجواز لغير الخليفة.

٢- إنّ المتفرّع على الخلافة وجوب الحكم بالحقّ أعنى القيد فيكون المتفرع وجوب الحكومة باعتبار القيد فلا دلالة للآية على أصل وجوبها على الخليفة لكونها واردة فى مقام بيان آخر.

٣- نعم لو قلنا بأنّ الأصل فى الحكم، الحرمة و الآية وردت لرفع الحظر فى حقّ الخليفة تدلّ على بقاء الحظر فى حقّ غير الخليفة.

يلاحظ عليه «١»: أنّ المتبادر من الاحتمالات هو المعنى الأوّل، و أمّا ما أورد عليه، من أنّ المعلّق على الخلافة، القضاء الواجب، دون المستحب و غيره فغير ظاهر لأنّ أمر القضاء يدور بين الواجب و المحظور، و أمّا الأقسام الأُخر، فلا تتصور فيه، لكونه واجباً كفائياً حسب ما يأتى. و معه كيف يمكن أن يكون حسب الطبع راجحاً أو مباحاً أو مرجوحاً؟ و أمّا كونه مستحباً حسب الطوارئ فهو خارج عن موضوع البحث، و عليه ينتج أنّ القضاء الجائز مقابل المحظور لا ينفكّ عن كونه متفرّعاً على جعل الخلافة له.

و أمّا الاحتمال الثانى أعنى كون المتفرع هو القيد دون المقيّد مع القيد، فهو كما ترى فإنّ التفكيك لا يصار إليه بلا دليل.
و أمّا الثالث فهو فرع وجود فكرة الحظر فى أذهان الصحابة حين نزول الآيـة، حتّى تكون رادعة لذلك الوهم أو الحظر المحقق. و إن كانت دلالتها على

(۱) القضـاء/ ۳، ترى ذلـك الإشـكال بشـقوقه الثلاثـة فى القضـاء للمحقق الرشتى ص ۲۷، و لعلّ العلمين أخـذاه عن اسـتاذهما الشـيخ الأنصارى رحمه الله.

المطلوب تامّة على هذا الوجه، لكن المفروض غير واضح.

***

الأمر الرابع: القضاء فى زمان الغيبة ربّما يتوقف على النصب

إذا كان القضاء من المناصب، و متوقفاً على النصب المستلزم للولايـة، فهل تكفى الإجازات العامّـة الواردة فى المقبولة و غيرها و عليه يكون كـل فقيه جـامع للشـرائط، قاضـياً منصوبـاً بالنصب العام، أو يتوقف على النصب إذا كان فى قمّـة الحكومـة فقيه مؤثر فى شـئون الحكومة و صلاح الأُمّة.
الظـاهر هو الثـانى، لأنّ القـدر المتيقّن من الإجازات العامـة هو الظروف التى يكون زمام السـلطة بيـد الطغاة و الظالمين، فعندئـذ يكون الملجأ للشـيعة المؤمنين هو الفقيه الجامع للشـرائط، و أمّا إذا تبدّلت الظروف و قامت الثورة الإسلامية و كان فى قمّة الحكومة، فقيه ذو شئون مشـرف على الأمور، فاللازم هو عدم تصدّى الفقيه، القضاء إلّا بنصبه و إجازته و ذلك لا لقصور فى المقتضى، بل لأجل إيصاد باب الفوضى فى وجه المجتمع، لئلا يحصل الاصطكاك، و يدبَّ الفساد.
نعم لا يتم الاسـتدلال على لزوم النصب فى تلك الظروف «بقياس القضاء على سائر المناصب للولاة و العمّال فكما أنّ قيادة الجيش، و الولايـة للمدينـة، و المديريـة لـدائرة خاصّـة تتوقف على النصب و لا- تكفى الإجـازات العامّـة فهكـذا القضـاء». و ذلك، لعـدم وجود الإجازات العامّة فى منصب سوى القضاء، ففيه المقتضـى تام غير أنّه مقرون بالمانع، بخلاف سائر المناصب، فالمقتضى فيه غير موجود حتى يبحث عن وجود المانع.

***

الأمر الخامس: فى أنّ القضاء واجب كفائى

اشارة

إنّ الحيـاة الاجتماعيـة للإنسـان، لا- تخلو عن تنازع فى الأملاك و الحقوق، و الأعراض و النفوس، و هـذا ما فرض على العقلاء إرساء عماد القضاء فى البلاد، و قد صرّح لفيف من الفقهاء بكونه واجباً كفائياً.
۱- قال المحقق: تولّى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه و ربّما وجب و وجوبه على الكفاية.
۲- قال العلّامة فى القواعد: و تجب (تولية القضاء) على الكفاية. «۱»
۳- و قال فى التحرير: إنّ القضاء من فروض الكفايات إذا قام به البعض سقط عن الباقين و إن أخلّوا به أجمع، استحقُّوا بأسرهم العقاب

لما فيه من القيام بنظام العالم و الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و الانتصاف للمظلوم قال رسول اللّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: إنّ الله لا يقدّس أُمّة ليس فيهم من يأخذ للضعيف حقه. «٢»

۴- و قال الأردبيلى فى شرح قول العلامة فى الإرشاد: «القضاء واجب على الكفاية»: دليل وجوب قبول الولاية من الإمام حال حضوره، إن لم يفهم وجوبه منه حينئذ بخصوصه، و وجوب الحكم و ارتكابه حال الغيبة مع عدم المانع كفاية، كأنّه الإجماع و الاعتبار من وجوب ردّ الظالم عن ظلمه، و انتصاف المظلوم منه، و دفع المفاسد و غلبة بعضهم على بعض و إيصال حقوق الناس إليهم، و إقرار الحقّ مقرّه، بل انتظام النوع و المعيشة، و ذلك دليل وجوبه للنبى و الإمام «٣».

۵- و قال السيد على فى الرياض: «و هو من فروض الكفاية بلا خلاف أجد

(١) مفتاح الكرامة: ١٠/ ۵، قسم المتن.

(٢) التحرير: ٢/ ١٧٩.

(٣) الأردبيلى: مجمع الفائدة: ١٢/ ١٩.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج١، ص: ٢٢

فيه بينهم لتوقّف نظام النوع الإنسانى عليه، و لأنّ الظلم من شيم النفوس فلا بدّ من حاكم ينتصف من الظالم للمظلوم و لما يترتّب عليه من النهى عن المنكر، و الأمر بالمعروف. «١»

۶- و قال فى الجواهر: و ربّما وجب تولّى القضاء مقدّمة للأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و للقيام منه بالقسط، و لكن يكون وجوبه حينئذ على الكفاية لعموم الخطابات المعلومة إرادة حصوله من مجموعهم لا من مباشر بعينه و لو جميعهم نعم قد يتعيّن فرد للانحصار أو لمصلحة اقتضت تعيين الإمام «٢».

هـذه هى الكلمـات الواردة فى المقـام و قبل الخوض فى تحليل أدلّتهم، نقول: سيوافيك معنى ما ذكره المحقق من استحباب القضاء لمن يثق من نفسه، فإنّ الاستحباب، حكم طارئ على القضاء لا صلة له، بحكمه الذاتى من الوجوب الكفائى.

و قد اشير فى هذه الكلمات إلى وجوه من الأدلّة على كونه واجباً كفائياً:

١ الإجماع

الذى جاء فى كلام المحقق الأردبيلى، و الإجماع مستند إلى الأدلّة الواردة فى كلامهم و مثله لا يعدّ حجّة.

٢ الخطابات العامّة

التى تمسّك بها صاحب الجواهر و لكن ليس من تلك الخطابات فى الكتاب و السنّة أثر و الوارد فى القرآن، خطاب مشروط قال سبحانه: (وَ إِذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ) (النساء/ ۵٨) و مثله ما ورد فى سورة المائدة من وصف من لم يحكم بما أنزل الله بالكفر و الظلم و الفسق. (المائدة/ ۴۴، ۴۵، ۴٧).

و لا يستفاد من مثل هذه الآيات وجوب القضاء و إنّما تدلّ على أنّ الإنسان

(١) السيّد على، رياض المسائل ٢/ ٣٣٠.

(٢) النجفى، الجواهر ۴٠/ ٣٨.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۲۳

إذا مارس القضاء یجب علیه أن یحکم بالعدل، و أمّا أنّ الحکم واجب فلا تدلّ علیه.

۳ إنّه من فروع القیام بالقسط الذی أمر به سبحانه

، قال سبحانه: (یَا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا کُونُوا قَوَّامِینَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ) (النساء/ ۱۳۵) و قال سبحانه: (یَا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا کُونُوا قَوَّامِینَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ) (المائدهٔ/ ۸).

و الاستدلال قابل للمناقشهٔ، إذ فرق بین أن یقول: «أقیموا القسط» و یقول: «قوّامین بالقسط»، فالتعبیر الأوّل یجرّ الإنسان إلی قبول القضاء لإقامهٔ القسط، دون الثانی لکن الآیتین تدلان علی لزوم کون الإنسان قائماً بالقسط لا مقیماً القسطَ، و صیغهٔ المبالغهٔ تدل علی کثرته و وفرته و علی ذلک فیکون مرجعهما إلی العمل بالقسط فی مجال الحیاهٔ الشخصیهٔ فلو کان عنده مال الیتیم مثلًا فلا یمسّه إلّا بالقسط قال سبحانه: (وَ أَنْ تَقُومُوا لِلْیَتَامَی بِالْقِسْطِ) (النساء/ ۱۲۷) و لو تصدی للقضاء فلا- یحکم إلّا بالقسط لقوله: (وَ إِنْ حَکَمْتَ فَاحْکُمْ بَیْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ یُحِبُّ الْمُقْسِطِینَ) (المائدهٔ/ ۴۲) و لو تصدی للتوزین فیوزن به قال سبحانه: (وَ أَقِیمُوا الْوَزْنَ بِالْقِسْطِ وَ لَا تُخْسِرُوا الْمِیزَانَ) (الرحمن/ ۹).

و الحاصل فرق بین إقامهٔ القسط و القیام به، و الآیات تدل علی الثانی دون الأوّل، و المفید فی المقام هو الأوّل و لعلّ هذین القسمین من الآیات هو مراد صاحب الجواهر من قوله للعمومات و قد عرفت أنّها قابلهٔ للمناقشهٔ.

۴ کون القضاء مقدّمهٔ للأمر بالمعروف و النهی عن المنکر

، بل هو مصداق له و هذا أیضاً استدل به صاحب الجواهر و هو قابل للمناقشهٔ لأنّ القدر المتیقّن من وجوبه هو ما إذا کان هناک معروف مشهود، و منکر معلوم، فیجب الأمر بالأوّل و الزجر عن الثانی، لاما إذا کان محتملهما کما فی مورد القضاء لأنّ القاضی غیر واقف علی صحّهٔ دعوی المدّعی، و عدمها فلم یتبین المعروف و لا المنکر عنده.

و أمّا أنّه یجب علیه تبیین المعروف و المنکر بتصدّی القضاء فلا دلالهٔ لأدلّتهما

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۲۴

علیه، و من المعلوم أنّ الحکم لا یثبت الموضوع.

۵ توقف نظام النوع الإنسانی علیه

کما فی عبارهٔ الریاض و الدلیل لا یخلو من إبهام.

فإن أُرید بقاء الحیاهٔ الإنسانیهٔ فی هذا الکوکب، فإنّه لا یتوقّف علی القضاء إذ ما زال البشر موجوداً فی الغابات و المناطق البعیدهٔ، و لم یکن عندهم قضاء فکان الحاکم مکان القضاء و منطق العدل، منطق القوّهٔ و الزور.

و إن أُرید النظام الاجتماعی و الحضارهٔ الإنسانیهٔ فهو واجب علی من بیده القوّهٔ و القدرهٔ، و یجب علیه، نصب القضاء لحفظ النظام فالوجوب یتوجّه إلی أصحاب القدرهٔ و یجب علی القاضی قبوله للملازمهٔ بین وجوب النصب و وجوب القبول و إلّا یکون وجوب النصب لغواً و أین هذا من کون القضاء واجباً کفائیاً ابتداءً.

و لو قلنا بأنّ مرادهم من الوجوب الکفائی هو هذا النوع من الوجوب، یقیّد وجوبه بما إذا کان ترک القضاء، مستلزماً للإخلال بالنظام لا مطلقاً، مع أنّ المفروض فی کلامهم کونه واجباً مطلقاً.

و الحاصل: أنّ هـذه الأدلّة غير وافية لإثبات المقصود، قابلة للمناقشة. و هناك وجوه أخر ربّما تكون خالية عن المناقشة، نأتى بها بالعنوان الخاص.

۶ القضاء مبدأ لتطبيق الأحكام

إنّ من رجع إلى الكتاب و السنّة يقف على أنّ الشارع الأقدس، لا يرضى بتعطيل الأحكام بل الغاية من التشريع، هو تطبيق العمل عليها، من غير فرق بين الأحكام الفردية أو الاجتماعية، فالمطلوب من التشريع هو العمل و هو غاية الخلقة قال سبحانه: (الَّذِى خَلَقَ الْمَوْتَ وَ الْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا) (الملك/ ۲) فإذا كان تطبيق العمل على الأحكام الشرعية هو الغاية من التشريع،

فكيف لا يجب القضاء مع أنّ كثيراً من الأحكام يتجسّد فى ظل القضاء؟ و إليك بيانه:

إذا كان الإمام المعصوم حاضراً و باسط اليد، فيجب عليه نصب القاضى لتلك الغاية و يجب على المنصوب قبوله إطاعة لأمر الإمام المعصوم. إنّما الكلام إذا كان غائباً، فيجب على القاضى أيضاً التصدى. و ذلك بالبيان التالى:

۱- إنّ السبب الوثيق لإجراء الأحكام و لو فى مجالات مخصوصة، هو القضاء و الشارع لا يرضى بتركها فى زمان الغيبة و الحضور، فإذا علمنا ذلك، و كان تصدى القضاء من أسباب إجرائها، يجب التصدى و إلّا يلزم حذف الأحكام الإسلاميّة من الساحة و هو مما لا يرضى به الشارع.

فإن قلت: إنّ من المحتمل أن يكون الأحكام الجزائية مشروطة بحضور الإمام المعصوم، و لولاه، لما جاز العمل بها، فما روى عن أبى جعفر عليه السلام أنّه قال: «حدّ يقام فى الأرض أزكى فيها من مطر أربعين ليلة و أيّامها». «۱» و إن كان يعرب عن لزوم اجراء الحدود لكنّها مخصوصة بزمان الحضور لأنّ اجرائها من شئون الإمام المعصوم، فعلى هذا لا يجب التصدى للقضاء لتلك الغاية.

قلت: مضافاً إلى عدم صحّة ذلك كما أوضحنا حاله فى الحدود، إنّ هذا الاحتمال لو صحّ فإنّما يصح فى الأحكام الجزائية دون سائر الأحكام مما يتعلّق بالحقوق و الأموال.

۷ القضاء سبب لحفظ الحقوق

إنّ الشارع حرّم المراجعة إلى محاكم الجور، و أرجع الشيعة إلى الفقهاء فإذا جاز لهم الرجوع إلى الفقيه لأجل القضاء وجب عليه التصدى، و إلّا لزم تفويت الحقوق على المؤمن و هو قبيح، إذ كيف يصحّ للشارع أن يترك القضاء فى هذه

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب مقدّمات الحدود، الحديث ۲.

الظروف، مع إمكان إحياء الحقوق و لو بالرجوع إلى الفقيه، و هو القائل لن تقدّس أُمّة لا يؤخذ للضعيف فيها حقّه من القوى «۱».

۸ إقامة العدل من وظائف الفقيه المقتدر.

إذا كان الفقيه فى البلد ذا قوة و قدرة تجب عليه إقامة الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، عن غير طريق البيان و اللسان، فإنّ الإرشاد بهما، وظيفة من لا يملك العدة و العدد، كما فى رواية مسعدة بن صدقة عن أبى عبد الله عليه السلام يقول: و سئل عن الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر أ واجب هو على الأُمة جميعاً؟ فقال: «لا فقيل له: و لم؟ قال: «إنّما هو على القوىّ المطاع، العالم

بالمعروف من المنكر، لا على الضعيف الذى لا يهتدى سبلًا ...». «۲»

و من وظائف القوىّ المطاع ردّ المظالم، و الانتصاف من الأعداء كما عن أبى جعفر قال: «إنّ الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر فريضة عظيمة بها تقام الفرائض، و تأمن المذاهب و تحلّ المكاسب و تردّ المظالم و تعمر الأرض، و ينتصف من الأعداء و يستقيم الأمر». «۳»

إنّ وظيفة القوىّ المطاع فوق الفرد العادى، فلا يصحّ له أن يعتذر بما أوردناه على الاستدلال بأدلّة الأمر بالمعروف من عدم العلم التفصيلى بالمعروف قبل التصدّى إذ العلم الإجمالى فى حقّه منجّز و العلم القطعى حاصل للقوىّ المطاع بأنّ هناك حقوقاً مهضومة و أموالًا مغصوبة و دماء مسفوكة بغير الحقّ، فتجب عليه معالجتها بعد التبيين، و مفتاحه ممارسة القضاء، فيجب عليه القيام به.

و من أراد أن يستدل على وجوب القضاء بأدلة الأمر بالمعروف فعليه التقرير

---

(۱) نهج البلاغة، الرسائل/ ۵۳؛ الوسائل: الجزء ۱۱، الباب ۱۲ من أبواب الأمر بالمعروف، الحديث ۹.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۱، الباب ۲ من أبواب الأمر بالمعروف، الحديث ۱.

(۳) الوسائل الجزء ۱۱، الباب ۱ من أبواب الأمر بالمعروف، الحديث ۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۷

بهذا النحو الذى عرفت.

الأمر السادس: استحباب تولّى القضاء لمن يثق من نفسه

اشارة

يظهر من غير واحد من الأكابر استحباب تولى القضاء لمن يثق من نفسه و المقصود استحبابه العينى، مع وجوبه الكفائى و إليك بعض الكلمات:

۱- قال المحقق: تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه. «۱»

۲- قال العلّامة فى القواعد: و يستحب التولية لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطها على الأعيان. «۲»

۳- قال الشهيد الثانى: و فى استحبابه مع التعدد عيناً (مع كونه واجباً كفائياً) قولان أجودهما ذلك مع الوثوق من نفسه بالقيام به. «۳»

۴- و قال أيضاً فى شرح قول المحقّق: «تولى القضاء مستحب ...»: فحكم المصنف باستحبابه لمن يثق بنفسه محمول على طلبه من الإمام ممن لم يأمره به إذا كان من أهله، أو على فعله لأهله فى حال الغيبة حيث لا يتوقّف على إذن خاصّ إلى أن قال: و خالف فى استحبابه أو وجوبه بعض العامّة فحكم بكراهته نظراً إلى الأحاديث المحذِّرة عنه و من ثمّ امتنع جماعة من أكابر التابعين و غيرهم. «۴»

۵- و قال الفاضل الهندى: و يستحب التولية على الأعيان إلّا من وجبت عليه عيناً لأنّه أمر مرغوب عقلًا و شرعاً «۵».

---

(۱) الشرائع: ۴/ ۸۶۱.

(۲) مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۵ قسم المتن.

(۳) الروضة البهية: ۳/ ۶۲.

(۴) المسالك: ۲/ ۳۹۰ و فى هامش المطبوع عن الميرزا محمد الشيروانى: هنا احتمال ثالث هو قبول من كلّفه الإمام على سبيل التخيير.

(۵) کشف اللثام: ۲/ ۱۴۱.

۶ و قال العاملی: و قد أجمعت الأُمّة کما فی المبسوط (ما عدا أبا قلابة لأنّه کان یحتمل أنّه غیر فقیه) علی أنّه طاعة و مرغوب عقلًا و نقلًا و الاستحباب العینی لا ینافی الوجوب الکفائی فلا ریب فی رجحانه علی الاکتساب بالمباح و فی الوسیلة: قسّمه إلی واجب و مکروه و مندوب و محظور «۱» إلی غیر ذلک من الکلمات.

أقول:

یقع الکلام فی مقامین:

اشارة

الأوّل: ما هو الدلیل علی استحبابه؟

الثانی: ما هو الموضوع للاستحباب و کیف یجتمع الاستحباب العینی مع الوجوب الکفائی؟

أمّا الأوّل [ما هو الدلیل علی استحبابه؟]

فالقول باستحبابه إنّما هو فیما إذا کان القاضی متعدداً کما عرفت من الشهید فی الروضة، فیقع الکلام فی استحبابه عیناً، مع کونه واجباً کفائیاً و أمّا إذا اتحد یکون واجباً عینیاً و معه لا ملاک للاستحباب. و أمّا الدلیل علی الاستحباب فهناک وجوه مذکورة فی کلمات القوم نشیر إلیها:

۱- الإجماع الوارد فی کلام الشیخ فی المبسوط «۲» الذی نقله فی مفتاح الکرامة، و لکن الظاهر أنّ معقده، هو کونه القضاء طاعة، و أمراً مرغوباً عقلًا و نقلًا فی مقابل ما نقل عن بعض أهل السنّة من الکراهة للأحادیث الذامة، و هو غیر کونه مستحباً، إذ یکفی فی کونه طاعة و أمراً مرغوباً، کونه واجباً کفائیاً، و لا یتوقّف علی کونه مستحباً وراء وجوبه الکفائی.

---

(۱) مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۵.

(۲) قال الشیخ فی المبسوط: القضاء جائز بین المسلمین و ربّما کان واجباً فإن لم یکن واجباً کان مستحباً ... إلی أن قال: و علیه إجماع الأمة إلّا أبا قلابة فإنّه طلب القضاء فلحق بالشام و أقام زماناً ثمّ جاء ... إلی أن قال: إنّ أبا قلابة رجل من التابعین لا یقدح خلافه فی إجماع الصحابة (المبسوط ۸/ ۸۲)، و الإمعان فی العبارة یعطی أنّ معقد الإجماع هو جواز القضاء أو وجوبه الکفائی لا استحبابه، و لأجل ذلک یقول، لا یعبأ بخلاف أبی قلابة.

۲ عظم الفوائد المترتّبة علیه، المعلوم رجحانها عقلًا و نقلًا. «۱» و هو موافق لما نقلناه عن کشف اللثام.

یلاحظ علیه: بأنّها لا تلازم الاستحباب العینی، بل یکفی کونه واجباً کفائیاً، فلأجل هذه الفوائد المترتبة، ما أهمله الشارع بل أوجبه عیناً فیما إذا لم یکن هناک إلّا قاض واحد، و کفائیاً فیما إذا تعدد.

و لو أُرید من الفوائد العظیمة ترتّب الأجر، و هو أیضاً لا تلازم الاستحباب لکفایة الوجوب الکفائی فی ترتّبه إذا کان هناک إخلاص.

۳- عمومات باب القضاء، و لکنّها مثل الأجر لا تلازم الاستحباب.

و بالجملة لم نجد دلیلًا صالحاً للاستحباب مع التحفظ علی کونه واجباً کفائیاً هذا کلّه حول المقام الأوّل.

الثانی: ما هو الموضوع للاستحباب علی فرض ثبوته؟

هناک احتمالات:

۱-- کون تولّی القضاء مستحباً و هو الظاهر من المحقّق و العلّامة، و الشهید فی الروضة و الفاضل فی کشف اللثام.

۲-- طلبه من الإمام إذا لم یأمره کما فی المسالک.

۳-- قبول من کلّفه الإمام علی سبیل التخییر کما من الشیروانی فی هامش المسالک.

۴-- استحباب المبادرة و التسابق لیتقدّم إلیه علی الغیر کما صرح الفقیه الطباطبائی فی ملحقات العروة «۲» و لنأخذ کل واحد بالبحث.

أمّا الأوّل فهو المتبادر من کلماتهم إلّا من صرّح بالخلاف لکنّه یستلزم اجتماع الوجوب و الاستحباب فی شیء واحد.

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۳۷ و قد تبع فی ذلک کشف اللثام فلاحظ.

(۲) السید الطباطبائی: ملحقات العروة: ۲/ ۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۰

و ما ذکره فی المفتاح «۱» و الریاض «۲» من أنّ الاستحباب العینی لا ینافی الوجوب الکفائی غیر تام لأنّ مفاد الأوّل جواز ترک المتعلّق مطلقاً، سواء قام به الآخرون أو لا و لکن مفاد الثانی، جواز ترکه إذا قام به الآخرون و ربّما یتصور إمکان الجمع من باب تجویز اجتماع الأمر و النهی فی شیء واحد، بسبب عنوانین، و لکنّه غیر مفید فی المقام. لأنّ البحث هناک فیما إذا کان بین العنوانین عموم و خصوص من وجه لا مثل المقام فإنّ النسبة بین القضاء، و قضاء من یثق من نفسه عموم و خصوص مطلق، و من قال بجواز الجمع فإنّما قال به فیما إذا کان بین العنوانین عموم من وجه، لا عموم مطلق.

فلا محیص من حمل الأمر الاستحبابی علی فرض ثبوته علی الإرشاد إلی أفضل الأفراد کما فی الأمر بإقامة الصلاة جماعة أو فی المسجد، و عندئذ یخرج الأمر عن کونه مولویّاً و هو خلاف المفروض.

و أمّا الثانی، فإنّ الطلب یکون مقدّمة للقضاء و مع فرض کونه واجباً کفائیاً، تکون مقدّمته کذلک، لا مستحباً نفسیّاً إلّا إذا کانت المقدّمة بوصف کونها مستحبّة مقدّمة کما فی الطهارات الثلاث، و لیس المقام کذلک. و ذلک لوجود ملاک الاستحباب النفسی فی الطهارات لأجل أنّ لها شأناً وراء المقدمیّة لکونها نوراً فی حدّ نفسها فالکون علی الطهارة مستحبّ فی ذاته و لا مانع من أن تقع بهذا الوصف مقدّمة للصلاة، بخلاف الطلب، إذ لیس له شأن وراء المقدمیّة للقضاء و لیس نفس الطلب بما هو هو مطلوباً سواء انجرّ إلی التصدی أم لا فتدبّر.

و منه یظهر حال الثالث أی قبوله من الإمام علیه السلام إذا أمر بالتخییر فإنّ حال القبول لا یزید علی الطلب، و کلاهما مقدّمتان للقضاء فیکون حکمه حکمه.

---

(۱) مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۵.

(۲) الریاض: ۲/ ۳۳۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۱

و أمّا الرابع الذی احتمله السید الطباطبائی، فقد أشکل علیه هو نفسه بأنّه کیف یُعْقل استحباب المبادرة من کل أحد عیناً، مع کون الفعل واحداً لا یقبل التکرار بل لا یتصوّر استحباب مثله عیناً و إن لم یکن وجوب. «۱»

اقول: ما ذکره قدّس سرَّه أظهر الوجوه و لا یرد علیه ما أوردناه علی الوجه الثانی و الثالث و ذلک لأنّ الواجب الکفائی هو أصل

القضاء، و قبوله أو طلبه مقدّمـة، و هى أيضاً واجبـة مثله، بخلاف المبادرة و الاسـتباق إلى القبول فهو ليس مقدمة بل هو مسـتحبّ مثل قوله سبحانه (فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ) (المائدة/ ۴۸) فالإتيان بالخير واجب، و مقدّمته مثله، لكن المبادرة اليه مستحب.

و ما أورده قـدّس سـرّه على هذا الوجه و هو أنّه كيف يعقل اسـتحباب المبادرة من كلّ أحد عيناً مع كون الفعل واحداً لا يقبل التكرار ... غير تامّ إذ لو صحّ لتوجّه على جميع الواجبات الكفائيّة، لأنّه كيف يطلب الفعل الواحد من الجميع مع عدم إمكان قيام الجميع به؟ و الحلّ فى جميع الموارد واحد و على ضوء ذلك فالاستباق مطلوب من الجميع لكنّه لو بادر أحد قبل الجميع سقط عن الباقين.

و فى الختام نقول: إنّ الاختلاف فى موضوع الاسـتحباب، دليل واضح على عدم وجود دليل صالح على أصل الاسـتحباب، إذ لو كان، لكان الموضوع متبيّناً.

تمّ الكلام فى المقدّمات، و لندخل فى النظر الأوّل من النظرات الأربع.

---

(۱) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۲

النظر الأوّل فى صفات القاضى

اشارة

قد عرفت أنّ المحاور الأصليّة فى القضاء ثلاثة، فالأوّل منها هو البحث عن صفات القاضى و مؤهّلاته لذلك الأمر الخطير، فنقول: ذكر الفقهاء هنا صفات نذكرها بعد بيان النكتة التالية:

القضاء من الأُمور الخطيرة المهمّة التى يطلب لنفسه شـروطاً تعطى للإنسان صلاحية القيام بها و القضاء من أخطرها و أهمها، و قد ذكر الفقهـاء فى كتبهم أُموراً بعنوان صـفات القاضـى و هى بين مـا هو بيّن الثبوت لاـ يشكّ فى لزومها اثنان، و ما ليس كـذلك بل يحتاج القول بالاشتراط و عدمه إلى دراسة علميّة.

و الصفات المذكورة فى كلام المحقق و غيره عبارة عن الأُمور التالية:

اشارة

۱- البلوغ، ۲ كمال العقل، ۳ الإسلام، ۴ الإيمان، ۵ العدالة، ۶ طهارة المولد، ۷ الذكورة، ۸ الاجتهاد ۹ الضبط، ۱۰ الكتابة، ۱۱ البصر، ۱۲ النطق، ۱۳ السمع ۱۴ الحريّة. و أضاف المحقّق بعد اشتراط العدالة: الأمانةَ و المحافظةَ على الواجبات. و لكنّهما مستدركان باعتبار دخولهما فى العدالة. إلّا أن يكون التخصيص بالذكر لأجل العناية ببعض المصاديق و لنأخذ بالبحث واحداً بعد الآخر:

الشرط الأوّل و الثانى: البلوغ و كمال العقل

البلوغ و كمال العقل من الشروط القطعية التى لم يختلف فيهما اثنان لا من

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۳

العقلاء و لا من الفقهاء و طبيعة الموضوع تقتضـى شرطيتهما، فلم يُرَ صبىّ و لا سفيه على منصّة القضاء، و كيف يمكن للصبى أن يدير دفّة القضاء مع أنّه رفع عنه القلم «۱» و عمده و خطؤه سيّان «۲»؟! أضف اليه أنه هو مولّى عليه، فكيف يكون وليّاً للمتحاكمين؟! على أنّ شـرطية العدالـة تلازم اشتراطهمـا لأنّ العدالـة أو الفسق فرع التكليف و أمّا قوله سـبحانه: (وَ آتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا) (مريم/ ۱۲) حيث

نصب یحیی علی القضـاء و الحکم و هو صبیّ، فإنّمـا هو من بـاب الکرامـة علی سبیـل خرق العـادة فلا یقاس علیه و لا علی أئمّـة أهل البیت، آحاد الناس. و قد قال أمیر المؤمنین علیه السلام: «لا یقاس بآل محمّد من هذه الأمّة أحد». «۳»

غیر أنّ المحقق عبّر عن الشـرط الثانی بکمال العقل و الظاهر أنّ مراده هو أن لا یکون سـفیهاً بحیث یقال إنّه ناقص العقل و أمّا الذکاء و التوقد الفکری، أو الفطنة فلا یطلبه أصل القضاء.

غیر أنّ هنـا نکتـة نلفت نظر القاضـی إلیها و هو أنّ الموضوع إذا کان ملتویاً و معقـداً، بحیث لا یطمئنّ القاضـی بتمحیصه و تشـخیصه، یلزم علیه أن لاـ یمارسه، بل یسـتعین فیه بالخبراء الـذین لهم ذکاء خاص فی حلّ الأُمور المعقّـدة و المعضـلات من المسائل القضائیـة، لأجل الممارسة الممتدّة.

و ذلک لأنّ المسائل القضائیة مع اشتراک الجمیع فی جهة، تختلف فی البساطة و التعقید، و لیس کل موضوع منهلًا لکل وارد و شارد، و علیه فی الأُمور المعقـدة، التی تطلب لنفسـها مهارة و ذکاء و توقـداً خاصاً أن یجب لا یمارسـها القاضـی إلّا بعـد توفّر الشـروط التی تطلب لنفسها إمّا بجعلها شوری بین القضاة، أو الاستعانة بمن توفرت فیه الشروط کما لا یخفی.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب مقدّمات الحدود، الحدیث ۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۹، الباب ۱۱ من أبواب العاقلة، الحدیث ۲، ۳، ۵.

(۳) نهج البلاغة: الخطبة ۳.

الشرط الثالث: الإسلام

لم یشـک فی اعتبـار الإسـلام أو مانعیـة الکفر اثنـان، و لم یُرَ فی تاریـخ القضـاء کـافر یشـغل منصَّة القضاء قال المحقّق: لأنّه لیس أهلًا للأمانة و یمکن الاستدلال علیه بوجوه:

۱- القضـاء منصب یسـتتبع ولایـة، و العصـمة بین المسـلم و الکـافر مقطوعـة فکیف یکون ولیّاً للمسـلم، و هو سـبحانه ینهی عن اتخاذ المؤمنین الکافرین أولیاء و من یتولهم فهو منهم «۱»؟! أ فیصح بعد ذلک أن یُضفِیَ لهم ولایة فی مقام القضاء.؟!

۲- إنّه سـبحانه ینهی عن التحاکم إلی الطاغوت، و یأمر بالکفر به، و یقول: (أَ لَمْ تَرَ إِلَی الَّذِینَ یَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِما أُنْزِلَ إِلَیْکَ وَ ما أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِکَ یُرِیـدُونَ أَنْ یَتَحاکَمُوا إِلَی الطّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ یَکْفُرُوا بِهِ وَ یُرِیدُ الشَّیْطانُ أَنْ یُضِـلَّهُمْ ضَـلالًا بَعِیداً) (النساء/ ۶۰). و التحاکم لـدی الکافر من مصادیق التحاکم إلی الطاغوت، روی المفسرون أنّه کان بین رجل من الیهود و رجل من المنافقین خصومة، فقال الیهودی: أُحاکم إلی محمّـد لأنه عَلِم أنّه لا یقبل الرشوة و لا یجور فی الحکم فقال المنافق: لا!، بل بینی و بینک کعب الأشـرف (الیهودی) لأنّه عَلِم أنّه یأخذ الرشوة فنزلت الآیة.

۳- إنّه من قبیـل السبیـل للکـافر علی المسـلم حیث إنّ القضاء لا ینفکّ غالباً عن الجلب و إصـدار القرار و الحبس، و القضاء فی مورد الجزاء، لا ینفک عن الإعدام و إجراء الحدّ و التعزیر، و قد قال سـبحانه: (وَ لَنْ یَجْعَلَ اللّهُ لِلْکافِرِینَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ سَبِیلًا) (النساء/ ۱۴۱). و ما ربّما یقال إنّه من قبیل إجراء الحکم الحقّ فی حقّ المحکوم و لیس بسبیل مدفوع بأنّ مالکیة الکافر للمسـلم أیضاً تمسک بالحکم المشروع مع أنّه یعدّ سبیلًا، و للقاضی سیادة علی المحکوم فی أنظار الناس

---

(۱) النساء/ ۱۴۴، المائدة/ ۵۱.

و هو لا ینفک عن جعل السبیل.

۴- إنّ اشتراط العدالهٔ تلازم شرطیهٔ الإسلام و لیس المراد منها المعنی النسبی أی العادل فی دینه بل المعنی المطلق کما سیوافیک.

۵- طبیعهٔ الموضوع تقتضـی الاشتراط، إذ کیف یمکن تسلیط الکافر علی دماء المسلمین و أعراضهم و أموالهم و حقوقهم مع أنّه لیس أهلًا للأمانهٔ.

نعم الانظمـهٔ الإلحادیّـهٔ غیر معترفـهٔ بهـذا الشـرط حتی الإیمان باللّه، و قائلـهٔ بأنّ حرمان طائفـهٔ من القضاء لأجل العقیـدهٔ مخالف للعدل الاجتماعی، و مشارکهٔ الناس فی الحقوق من دون تبعیض.

یلاحظ علیه: أنّه لیس تبعیضاً و إنّما هو أخذ لصالح القضاء و المتحاکمین فإنّ من لا یؤمن بالقضاء الإسلامی و مصادر أحکامه، کیف یتحرّی الحقیقـهٔ فی إجرائه؟ و لکن الجنس إلی الجنس یمیـل «و کلّ اناء بالّـذی فیه ینضـح» نعم نقل الشـهید الثانی جواز قضاء الکافر لأهل نحلته و وصفه بأنّه شاذ. «۱»

الشرط الرابع: الإیمان

اشارهٔ

إن الایمان له استعمالات:

۱- ربما یسـتعمل و یراد منه نفس ما یراد من الإسلام من غیر فرق بینهما (فَأَخْرَجْنا مَنْ کانَ فِیها مِنَ الْمُؤْمِنِینَ* فَما وَجَدْنا فِیها غَیْرَ بَیْتٍ مِنَ الْمُسْلِمِینَ) (الذاریات/ ۳۶۳۵). و المراد منهما الاعتقاد الجازم باللّه و رسالهٔ نبیّه و ما جاء به.

۲- ربما یطلق الإسـلام و یراد منه التظاهر به من دون نفوذ إلی القلب و یقابل الإیمان و هو التسـلیم النافذ من الظاهر إلی الباطن و علی ذلک قوله سبحانه:

---

(۱) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۳۸۹.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۳۶

(قالَتِ الْأَعْرابُ آمَنّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَ لکِنْ قُولُوا أَسْلَمْنا وَ لَمّا یَدْخُلِ الْإِیمانُ فِی قُلُوبِکُمْ) (الحجرات/ ۱۴).

۳- و ربما یطلق و یراد منه الإیمان بالمعنی الخاص و هو کونه إمامیاً و هذا هو المراد هنا بعد اشتراط الإسلام و لنذکر شیئاً من کلمات الفقهاء.

اشتراط الإیمان فی کلمات الفقهاء

۱- قال المفیـد: و لا ینبغی لأحـد أن یتعرّض له حتی یثق من نفسه بالقیام به و لیس یثق أحد بذلک من نفسه حتی یکون عاقلًا، کاملًا، عالماً بالکتاب و ناسخه و منسوخه ... «۱» و لم یصرح باشتراط الإیمان.

۲- قال الشیخ: و قد فوضوا ذلک إلی فقهاء شیعتهم فی حال لا یتمکّنون فیه مِنْ تولّیه بنفوسهم، فمن تمکَّن من إنفاذ حکم أو إصلاح بین الناس، أو فصل بین المختلفین فلیفعل ذلک و له بذلک الأجر و الثواب. «۲»

۳- قـال الشـیخ فی الخلاـف: لاـ یجوز أن یتولّی القضـاء إلّا من کان عارفاً بجمیع ما ولیه و لا یجوز أن یشـذ عنه شـیء من ذلک، و لا یجوز أن یقلّد غیره ثمّ یقضـی به و قال الشافعی: ینبغی أن یکون من أهل الاجتهاد ... و لا تجوز أن تکون المرأهٔ قاضـیهٔ فی شـیء من الأحکام .... «۳» و لیس فیه تصریح باشتراط الإیمان.

۴- و قال فی المبسوط: و أمّا من یحرم علیه أن یلی القضاء فإن یکون جاهلًا ثقة کان أو غیر ثقة، أو یکون فاسقاً من أهل العلم. «۴» و لعلّه اکتفی بالإشارة عن

(۱) المفید: المقنعة: ۷۲۱.

(۲) الطوسی: النهایة، کتاب الجهاد: ۳۰۱.

(۳) الطوسی: الخلاف، ج ۳/ کتاب القضاء، المسألة ۶۱.

(۴) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۸۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۷

التصریح.

۵- قال ابن إدریس: فأمّا من تحرم علیه فإن کان جاهلًا، ثقة کان أو غیر ثقة أو فاسقاً من أهل العلم. «۱» و لعلّه اکتفی بالإشارة عن التصریح.

۶- و قال المحقق: «و یشترط الإیمان و العدالة» غیر أنّه أراد به الإسلام بشهادة قوله: فلا یعقد للکافر لأنّه لیس أهلًا للأمانة و کذا الفاسق.

۷- و قال «۲» العلّامة: و یشترط الإیمان و العدالة فلا ینفذ قضاء الکافر و الفاسق، «۳» و لأجل خلوّ عبارة القواعد عن هذا الشرط حاول السیّد العاملی إدخال غیر الإمامی، تحت الفاسق تارة، و الکافر أُخری لاشتراکه معه فی القضاء بأُصول لا نعترف بها فلا یجوز نصبه للقضاء.

۸- و قال ابن سعید: إذا کان الرجل عاقلًا، بصیراً، کاملًا، کاتباً، عالماً بالقضاء دیّناً، و ورعاً فهو أهل لولایة القضاء. «۴» و لیس فیه تصریح بهذا الشرط.

۹- قال العلّامة فی الإرشاد: و فی حال الغیبة ینفذ قضاء الفقیه من علماء الإمامیة الجامع لشرائط الفتوی. «۵»

۱۰ و نسب التردد إلی المحقّق الأردبیلی و لم یظهر لی من کلامه نعم جوّز قضاء العامی إذا اقتضت المصلحة نصبه. ۶

۱- ۱ و قال فی الجواهر: تواترت النصوص فی النهی عن المرافعة إلی قضائهم بل هو من ضروریات مذهبنا. ۷

(۱) ابن إدریس، السرائر: ۳/ ۱۵۳.

(۲) نجم الدین: الشرائع: ۴/ ۶۷.

(۳) العاملی، مفتاح الکرامة، قسم المتن: ۱۰/ ۹.

(۴) ابن سعید الحلی، الجامع: ۵۲۲.

(۵) ۵ و ۶ مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۸ و ۲۲.

(۶) ۷ النجفی: الجواهر ۴۰/ ۱۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۸

۱۲ و قال السید الأُستاذ: یشترط فی القاضی: البلوغ و العقل، و الإیمان، و العدالة، و الاجتهاد المطلق، و الذکورة و طهارة المولد، و الأعلمیّة ممن فی البلد أو ما یقربه علی الأحوط «۱».

إذا عرفت ذلک فاعلم أنّ الأصل هو عدم نفوذ رأی أحد علی أحد إلّا اللّه سبحانه أو من عیّنه و أنفذ رأیه و القدر المسلّم من هذا الاستثناء هو رأی النبی و الوصیّ و الفقیه الإمامی الجامع للشرائط حسب مقبولة عمر بن حنظلة. «۲»، و أبی خدیجة. «۳» و أمّا غیرهم

سواء أ كان شيعياً غير إمامى كالزيدى و الاسماعيلى، أم غير شيعىّ فليس هناك إطلاق يتمسّك به فعدم الدليل على نفوذ قضائه كاف فى المقام و لا نحتاج إلى الدليل على عدم الصحّة.

الاستدلال على عدم الاشتراط

و يمكن الاستدلال على عدم الاشتراط بنصب على عليه السلام شريحاً على مقام القضاء أو إبقائه عليه، و طبع الحال يقتضى أنّه أبقى سائر القضاة المنصوبين قبله على مناصبهم حتّى أنّ الإمام ربّما كان يرفع الشكوى إليه روى عبد الرحمن بن الحجّاج أنّ عليّاً كان قاعداً فى مسجد الكوفة فمرّ به عبد الله بن قفل التميمى و معه درع طلحة فقال على عليه السلام: «هذه درع طلحة أخذت غلولًا يوم البصرة» فقال له عبد الله بن قفل: اجعل بينى و بينك قاضيك الذى رضيته للمسلمين فجعل بينه و بينه شريحاً .... «۴»
يلاحظ عليه: أنّ الاستدلال بالفعل إنّما يصح إذا علمت جهته إذ من

---

(١) الإمام الخمينى: تحرير الوسيلة: ٢/ ۴٠٧.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۵.

(۴) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٩

المحتمل أنّ الإبقاء كان لضرورة اجتماعية دعت الإمام إلى إبقاء شريح مقامه و لأجل ذلك أفهمه تلويحاً بأنّه ليس لائقاً لهذا المنصب و قال: «جلست مجلساً لا يجلس فيه إلّا نبىّ أو وصىّ نبىّ أو شقىّ». «١» و فى مورد آخر شرط عليه أن لا ينفذ قضاءه حتى يعرضه ٢ عليه. و عندئذ لا يبقى اطمئنان بأنّ وجه النصب هو صلاحيته فى نفسه مع قطع النظر عن الضرورة الاجتماعية.

إكمال

لا شكّ فى استفاضة الروايات فى أنّه لا يجوز الرجوع إلى غير فقهاء الشيعة، و هى مبثوثة فى أبواب صفات القاضى لكن يقع الكلام فيما هو المانع و هو مردّد بين الأمور التالية:

١- العقيدة المخالفة للحق.

٢- اعتماده على أُصول لا نقول بحجّيتها.

٣- كونه منصوباً من جانب حكّام الجور.

و تختلف النتيجة حسب اختلاف الموضوع، فلو كان المانع، هو الأوّل، يلزم حرمان كل فقيه غير إمامى و لو كان الثانى، يتحدّد الحرمان بما إذا قضى بأُصول غير مرضية، بخلاف ما إذا التزم بأُصول صحيحة و رفض القياس و الاستحسان، و قول الصحابى بما هو صحابى من دون ثبوت صدوره عن النبىّ صلَّى الله عليه و آله و سلَّم و غير ذلك، و على الثالث يختص الحرمان بما إذا كان منصوباً من جانبهم، و إلّا فلو كان قاضياً حرّاً و إن قضى بأُصول باطلة، لما أخل.
و لكن لم نجد ما بأيدينا من الروايات ما يعتمد على الوجه الأوّل، و إنّما السبب فى النهى عن الرجوع إليهم يدور بين الأُمور التالية:

---

(١) ١ و ٢ الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، الحديث ١٢.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ١، ص: ۴٠

١- الإفتاء بغیر علم و القضاء بلا وعی و قد عقد صاحب الوسائل باباً بهذا العنوان و قال: باب عدم جواز القضاء و الإفتاء بغیر علم بورود الحکم عن المعصومین «١».

٢- الإفتاء بغیر الکتاب و السنّة و قد عقد صاحب الوسائل باباً له. «٢»

٣- القضاء بالمقاییس و الاستنباطات الظنّیة و قد عقد أیضاً باباً له. «٣»

و هذه الجهات الثلاث یرجع إلی الملاک الثانی و هناک بعض الروایات ما یؤید کون الملاک هو الثالث و قد عقد صاحب الوسائل باباً لذلک. «۴»

روی أبو بصیر قال: قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام قول الله عزّ و جلّ فی کتابه: (وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ وَ تُدْلُوا بِها إِلَی الْحُکّامِ) «۵» فقال: «یا أبا بصیر إنّ الله عزّ و جلّ قد علم أنّ فی الأُمّة حکّاماً یجورون أما إنّه لم یعن حکّام أهل العدل و لکنّه عنی حکّام أهل الجور». «۶»

و علی کل تقدیر فلو کانت الروایات الناهیة قاصرة الدلالة علی المنع المطلق، فلا یخلّ بالمقصود لما عرفت من أنّ الجواز یحتاج إلی الدلیل و عدمه کاف و لا یحتاج عدم الجواز إلی الدلیل.

نحن نفترض أنّ هذه الروایات الناهیة واردة فی الملاکین الأخیرین غایة الأمر تکون النتیجة عدم دلالتها علی المنع المطلق، و لکنّه غیر کاف فی إثبات جواز التصدی، لأنّ الجواز یطلب الدلیل و عدمه کاف فی کون الأصل الأوّلی محکّماً.

و علی فرض المنع، فهل لا یجوز نصبه حتی علی أهل نحلته أو یختصّ

---

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ۴ من أبواب صفات القاضی.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ۵ من أبواب صفات القاضی.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ۶ من أبواب صفات القاضی.

(۴) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضی.

(۵) البقرة: ١٨٨.

(۶) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ٣.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ١، ص: ۴١

التحریم، بما إذا نصب علی غیرهم من الشیعة؟ وجهان. و قد تقدّم نظیره فی قضاء الکافر علی أهل نحلته. و هاتان المسألتان تطلبان بحثاً واسعاً تستمدان من قوله سبحانه: (فَإِنْ جاؤُکَ فَاحْکُمْ بَیْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَ إِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ یَضُرُّوکَ شَیْئاً وَ إِنْ حَکَمْتَ فَاحْکُمْ بَیْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللّهَ یُحِبُّ الْمُقْسِطِینَ) (المائدة/ ۴٢).

الشرط الخامس: العدالة

و قد اختلفت عباراتهم فی التعبیر عن هذا الشرط:

منهم من جعل الفسق مانعاً کما علیه الشیخ فی المبسوط و ابن إدریس فی السرائر.

و منهم من جعل العدالة شرطاً، کالمحقق فی الشرائع و العلّامة فی القواعد، و السید الأُستاذ فی التحریر.

و منهم من عبّر بالموصوف مکان الوصف و قال دیّناً و ورعاً کابن سعید فی الجامع «١» و منهم من عبّر بالورع. «٢»

و الظاهر أنّ التعابیر من قبیل التفنّن فی العبارة و الکل یشیر إلی أنّه یلزم أن تکون للقاضی حالة نفسانیة تصدّه عن ارتکاب المحرّمات

و اقتراف المعاصی خوفاً من الله و خشیهٔ منه أو ما یقرب من ذلک و لم یختلف فیه اثنان و لأجله أرسله صاحب المفتاح إرسال المسلّم بلا إیعاز إلی مخالف و قال: و أمّا الفاسق فیشمل المؤمن و غیره، من غیر فِرَق المسلمین، أمّا المؤمن الفاسق فلعدم ثقته و صلاحیته فی الصلاهٔ و الشهادهٔ و الإفتاء فالقضاء أولی. «٣»

---

(١) تقدّمت مصادر کلماتهم عند البحث عن شرطیهٔ الإیمان.

(٢) أبو الصلاح: الکافی: ۴۲۳.

(٣) العاملی: مفتاح الکرامهٔ: ١٠/ ٩.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ١، ص: ۴٢

و قد أدی حقّ المقال فی هذا التعبیر الموجز و إلیک التفصیل:

یدلّ علی الاشتراط أُمور:

١- التصریح بالاشتراط فی روایهٔ سلیمان بن خالد «١» و أخذه أمراً مسلّماً فی مقبولهٔ ابن حنظلهٔ «٢»، حیث قال: «الحکم ما حکم به أعدلهما و أفقههما» و قد جعل التفاضل فیها مرجحاً.

٢- کونه شرطاً فی المفتی و الشاهد، و إمام الجماعهٔ و فی الولایهٔ علی القُصَّر و الغیّب و التقسیم «٣» یقتضی اشتراطه فی القضاء بوجه أولی، لأنّ القاضی بیده الدماء و الأعراض، و الأموال و الحقوق و أین هو من إمام یصلّی و یترک کل شیء للمأموم.

٣- طبع الموضوع یقتضی الاشتراط لخطورته و عظمته کما مرّ مراراً.

و ظاهر الأدلّهٔ، کونه عادلًا علی وجه الإطلاق، لا أن یکون أمیناً و محترزاً عن الحکم بالباطل فقط و مع ذلک ربّما یقترف المعاصی إذ مع کونه خلاف المتبادر انّ الأصل هو عدم نفوذ القضاء إلّا من دلّ علی نفوذه دلیل قطعی و هو العادل المطلق.

و ذکر المحقّق وراء العدالهٔ اشتراط الأمانهٔ و المحافظهٔ علی فعل الواجبات و قد عرفت کونهما داخلین ضمن العدالهٔ.

الشرط السادس: طهارهٔ المولد

قال المحقّق: لا ینعقد القضاء لولد الزنا مع تحقّق حاله کما لا تصحّ إمامته

---

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ٣.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ١.

(٣) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١۶ من أبواب عقد البیع، الحدیث ١، حدیث اسماعیل بن سعد الأشعری و الجزء ١٣، الباب ٨٨ من أبواب الوصایا، الحدیث ٢ حدیث سماعهٔ.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ١، ص: ۴٣

و لا شهادته فی الأشیاء الجلیلهٔ. «١» و ادّعی فی الروضهٔ علیه الإجماع قال فی شرح قول الشهید: «الفقیه الجامع للشرائط» و هی: البلوغ و العقل و الذکورهٔ و الإیمان و العدالهٔ و طهارهٔ المولد إجماعاً «٢» و قال فی المسالک: أمّا طهارهٔ المولد فلقصور ولد الزنا عن تولّی هذه المرتبهٔ حتی أنّ إمامته و شهادته ممنوعتان فالقضاء أولی. «٣»

إنّ مقتضی العمومات هو جوازه، إذا کان إمامیّاً و المنع یتوقّف علی الدلیل علی خلاف المسألهٔ السابقهٔ، و قد استدل علی المنع بأُمور ثلاثهٔ:

١- الإجماع: و قد حکاه فی الروضهٔ و لم یتعرّض العاملی فی المفتاح لأیّ خلاف، و هو کما تری، لعدم ذکر لفیف من الفقهاء هذا

الشرط كالشيخ فى المبسوط. «۴» و ابن سعيد فى الجامع. «۵»

۲- الأولويـة: لأنّه إذا لم يجز له التوليـة لإمامة الصـلاة على ما اسـتفاضت الروايات عليه و لم تقبل شـهادته، فالقضاء أولى ففى صـحيح زرارة: لا يصلين أحدكم خلف المجنون و ولد الزنا «۶»، و فى صحيح ابن مسلم قال: قال أبو عبد اللّه عليه السلام: «لا تجوز شهادة ولد الزنا». «۷»

۳- نفور طباع الناس منه و لكنّه فرع علم الناس به. و المسألـة قليلـة الفائـدة. و هناك نكتـة نفيسة لا بدّ من الإشارة إليها: و هى إنّ وليد الزنا تنعقـد نطفته فى حال يعلم والده أو أُمّه أو كلاهما أنَّهما ينقضان القانون، و يكسـران عهداً من عهود الله، و هو إحساس ينتقل عن طريق النطفـة إلى الوليـد طبقـاً لقانون التوارث الطبيعى، فيخرج المولود من الزناء مختمراً بحس نقض العهـد و اختراق القانون و ينشأ و يشبّ

(۱) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ۶۷.

(۲) الروضة: ۳/ ۶۲.

(۳) المسالك: ۲/ ۳۸۹.

(۴) المبسوط: ۸/ ۹۹.

(۵) الجامع: ۵۲۹.

(۶) الوسائل: الجزء ۵، الباب ۱۴ من أبواب صلاة الجماعة، الحديث ۲ و لاحظ ۱، ۴، ۵، ۶.

(۷) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۱، من أبواب الشهادات الحديث ۳ و لاحظ أيضاً الحديث ۱، ۴، ۵، ۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۴

عليها و إلى ذلك يشير الإمام الصادق عند التحدث عن ولد الزنا: «إنّه يحنّ إلى الحرام، و الاستخفاف بالدين و سوء المحضر». «۱»

فـإذا كـانت هـذه نفسيته و حـالته التى يحملها، فكيف يجوز أن تفوّض إليه مقاليـد القضاء ليحكم فى النفوس و الأعراض و الأموال و الحقوق؟!

نعم هذه الحالة أرضيـة مناسبـة للانحراف و الشذوذ، و مقتض للفساد و الإفساد و ليست بعلّة تامّة إذ فى وسعه تطهير نفسه من الشوائب العالقة بطبيعته فلا يوجب ذلك جبراً فى حياته و شقائه.

و لأجل هذا نرى أمير المؤمنين يؤكّد على مالك أن يختار للحكم أفضل رعيته و يقول: «ثمّ اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك فى نفسك ممّن لا تضيق به الأُمور». «۲»

و يوصـى له فى جميع عمّاله بانتخاب ذوى الأحساب و يقول: «ثمّ ألصق بـذوى الأحساب و أهل البيوتات الصالحة و السوابق الحسـنة، ثمّ أهل النجدة و الشجاعة، و السخاء و السماحة، فإنّهم جماع من الكرم، و شعب من العرف. ۳

نعم يبقى هنـا شـىء و هو أنّ هـذا التسالم بين فقهائنا، كيف يجتمع مع ما روى عن على عليه السـلام أنّه نصب زياد بن أبيه على ولاية فارس؟ و ليس القضاء بأعظم من الولاية و ربّما كان الوالى قاضياً. و المعروف أنّه وليد الزنا.

روى على بن محمد المدائنى قال: لمّا ولّى على عليه السـلام زياداً فارس أو لبعض أعمال فارس ضبطها ضبطاً صالحاً وجبى خراجها و حماها. ۴

و قد كتب الإمام إليه رسالة عند ما كان زياد خليفة ابن عباس فى البصرة

(۱) القمى: السفينة: ۱/ ۵۶۰.

(۲) ۲ و ۳ نهج البلاغة: قسم الرسائل: ۱. برقم ۵۳.

(۳) ۴ ابن أبی الحدید: شرح نهج البلاغة: ۱۶/ ۱۸۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۵

و کان عبد الله بن عباس عامله علیها و علی کور الأهواز و فارس و کرمان. «۱»

و کتب رسالة أُخری إلیه عند ما بلغه أنَّ معاویة کاتبه لیستلحقه بأبیه أبی سفیان. ۲

و یشهد علی ذلک أنّه کان یدعی زیاد بن عبید و هو زوج أُمّه (سمیّة) و لمّا استلحقه معاویة قیل ابن سمیّة و کانت أُمّه تحت عبید و ربّما قیل إنّ نسبة زیاد لغیر أبیه لخمول أبیه. ۳

أمّا أنّه کان غیر طیب المولد فقد روی البلاذری قال: تکلّم زیاد و هو غلام حدث بحضرة عمر کلاماً أعجب الحاضرین فقال عمرو بن العاص: لله أبوه لو کان قرشیاً لساق العرب بعصاه، فقال أبو سفیان: أما و الله انّه لقرشی و لو عرفته لعرفت أنّه خیر من أهلک فقال: و من أبوه؟ أنا و الله وضعته فی رحم أُمّه فقال: فهلا تستلحقه قال: أخاف هذا العیر الجالس أن یخرق علیَّ إهابی. ۴

و یمکن استظهار کون زیاد ولید الزنا من قول الإمام الطاهر أبی الشهداء الحسین بن علی علیهما السَّلام: «و قد رکزنی الدعیّ بن الدعیّ بین الاثنتین: السلّة و الذلّة و هیهات منّا الذلّة». ۵ و المراد منهما هو عبید الله بن زیاد.

و یمکن أن یقال: إنّ الدعیّ لیس مرادفاً لابن الزنا بل هو کما یقول الطریحی: الدعیّ من تبنّیتَه، و الأدعیاء جمع «دعی» و هو من یدّعی فی نسب کاذباً. ۶ و فی أقرب الموارد: الدعیّ من تبنیته أی جعلته ابناً لک، و المتّهم فی نسبته، و الذی یدعی (یدعیه) غیر أبیه و الجمع أدعیاء ۷ و أُمّه و إن کانت زانیة و قد زنی بها أبو سفیان لکن لما لم یثبت کونه متخلّقا من مائه، صار محکوماً بکونه ابن أبیه

---

(۱) ۱ و ۲ نهج البلاغة: برقم ۲۰ و ۴۴.

(۲) ۳ ابن أبی الحدید: شرح النهج ۱۶/ ۱۸۰.

(۳) ۴ ابن أبی الحدید: شرح نهج البلاغة: ۱۶/ ۱۸۱.

(۴) ۵ القمی، نفس المهموم: ۱۳۲، الطبعة الأُولی.

(۵) ۶ الطریحی، مجمع البحرین: ۱/ ۱۴۴.

(۶) ۷ الخوری الشرتوتی: اقرب الموارد ۱۳/ ۳۳۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۶

(عبید) شرعاً بحکم الولد للفراش و لأجل ذلک کتب الإمام رسالة إلیه ینهاه عن قبوله قول معاویة کما عرفت. فکان مجهول النسب لا ولید الزنا قطعاً، فلا یکون نصبه دلیلًا فی المسألة.

و ممّا یدل علی أنّه کان مجهول النسب و لکن محکوماً شرعاً بالانتساب إلی الأب ما روی عن الحسن البصریّ: انّه ثلاث کنّ فی معاویة لو لم تکن فیه إلّا واحدة منهن لکانت موبقة: انتزاؤه علی هذه الأُمّة بالسفهاء حتی ابتزها أمرها. و استلحاقه زیاداً مراغمة لقول رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: «الولد للفراش و للعاهر الحجر». و قتله حجر بن عدی فیا ویله من حُجر و أصحاب حُجر «۱».

و قد کتب الإمام الحسین علیه السلام إلی معاویة رسالةً یندد فیها بأعمال معاویة و ممّا جاء فیها قوله: «أ و لست المدّعی زیاداً فی الإسلام فزعمت أنّه ابن أبی سفیان؟! و قد قضی رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم أنّ الولد للفراش و للعاهر الحجر» «۲».

و علی ذلک کان زیاد مجهول النسب، و لمّا لم یعلم کونه ولید الزنا قطعاً، فصار محکوماً بکونه ولید الفراش أعنی زوج أُمّه «عبید» فلا یکون مورداً للنقض.

الشرط السابع: الذکورة

اشارهٔ

اشتهر القول باشتراط الذکورهٔ فی القاضی و یظهر من الشیخ أنّ المسألهٔ خلافیهٔ بین الفقهاء. قال: لا تجوز أن تکون امرأهٔ قاضیهٔ فی شیء من الأحکام و به قال الشافعی، و قال أبو حنیفهٔ: یجوز أن تکون قاضیهٔ فی کل ما یجوز أن تکون شاهدهٔ فیه و هو جمیع الأحکام إلّا الحدود و القصاص، و قال ابن جریر: یجوز أن تکون قاضیهٔ فی کل ما یجوز أن یکون الرجل قاضیاً فیه لأنّها من أهل

---

(۱) ابن أبی الحدید: شرح نهج البلاغهٔ: ۱۶/ ۱۹۳.

(۲) ابن قتیبهٔ: الإمامهٔ و السیاسهٔ: ۱/ ۱۶۵.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۴۷

الاجتهاد. «۱»

و قال ابن قدامهٔ: إنّ المرأهٔ لا تصلح للإمامهٔ العظمی، و لا لتولیهٔ البلدان و لهذا لم یولِّ النبیّ و لا أحد من خلفائه و لا من بعدهم امرأهٔ للقضاء و لا ولایهٔ بلد فیما بلغنا، و لو جاز ذلک لم یخل منه جمیع الزمان غالباً. «۲»

و لما کانت المسألهٔ مما أثارت جدالًا و نقاشاً بین الجامعیین و الجدد من الناس، لا بأس بالبحث عنها فی إطار الأدلّهٔ الشرعیّهٔ و قد أجمل الأصحاب فیها الکلام و ما قاموا بحقّها کما هو حالهم أنار اللّه برهانهم فی سائر المسائل:

و لنذکر بعض الکلمات فی المقام:

قال الشیخ فی المبسوط: الشرط الثالث فی القاضی أن یکون کاملًا فی الأمرین: کمال الخلقهٔ و الإحکام ... و أمّا کمال الاحکام فإن یکون بالغاً عاقلًا حرّاً ذکراً فإنّ المرأهٔ لا ینعقد لها القضاء بحال. و قال بعضهم: یجوز أن تکون المرأهٔ قاضیهٔ و الأوّل أصحّ، و من أجاز قضاءها، قال یجوز فی کلّ ما تقبل شهادتها فیه و شهادتها تقبل فی کل شیء إلّا فی الحدود و القصاص.

و مع ذلک لم یذکره المفید فی المقنعهٔ، «۳» و لا الشیخ فی النهایهٔ ۴، و لا ـ الحلبی فی الکافی ۵ و لا ابن إدریس فی السرائر ۶ و لا العلامهٔ فی المختلف. ۷

نعم ذکره لفیف من المتأخرین و إلیک نصوصَهم:

قال المحقّق فی الشرائع: و یشترط فیه البلوغ و ... و الذکورهٔ. ۸

و قال العلّامهٔ فی التحریر: و یشترط فیه البلوغ ... و الذکورهٔ، و لا ینعقد القضاء

---

(۱) الطوسی: الخلاف: کتاب القضاء المسألهٔ ۶.

(۲) المغنی: ۱۰/ ۱۲۷.

(۳) ۳، ۴، ۵، ۶، ۷ لاحظ المقنعهٔ: ۷۲۱، و النهایهٔ: ۳۳۷، و الکافی: ۴۲۰، و المهذب: ۲/ ۵۹۷، المختلف ۴/ ۷۶.

(۴) ۸ نجم الدین: الشرائع: ۴/ ۶۷.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۴۸

للمرأهٔ فی الحدود و غیرها. «۱»

و قال فی القواعد: و یشترط فیه البلوغ و العقل و الذکورهٔ. «۲»

و أنت إذا لاحظت الكتب المؤلفة فی هذه العصور أو بعدها ترى أنّها متّفقة على اشتراطها إمّا بالتصريح أو بأخذ الرجل فی التعريف، مثلًا، قال ابن سعيد: إذا كان الرجل عاقلًا بصيراً كاملًا كاتباً عالماً بالقضاء، ديّناً ورعاً فهو أهل لولاية القضاء. «۳»

و قال الشهيد فی المسالك: و لا ينعقد القضاء للمرأة و إن استكملت الشرائط أى الشرائط المعتبرة فی القضاء غير الذكورية و هو موضع وفاق، و خالف فيه بعض العامة فجوّز قضاءها فيما تقبل شهادتها فيه. «۴»

و قال فی مفتاح الكرامة: أمّا المرأة فلما ورد فی خبر جابر عن الباقر عليه السلام و لا تولّى القضاءَ المرأةُ و قد أنكر الدليل المقدّس الأردبيلی إن لم يكن إجماع و هذا خبر منجبر بالشهرة العظيمة إن أنكر الإجماع. «۵»

إلى غير ذلك من هذه الكلمات ممّا لا نطيل المقام بنقلها، و الظاهر أنّ الشهيد الثانی استثنى الذكورة عن موضع الوفاق بين الفريقين لمخالفة أبی حنيفة فی المسألة لا أنّه موضع خلاف بين الإمامية، و المحقّق الأردبيلی إن أنكر فإنّما أنكر صحّة الخبر لا الإجماع قال: و أمّا اشتراط الذكورة فذلك ظاهر فيما لم يجز للمرأة فيه أمر و أمّا فی غير ذلك فلا نعلم دليلًا واضحاً نعم ذلك هو المشهور فلو كان إجماعاً فلا بحث. «۶»

---

(۱) العلّامة الحلّى، التحرير، ص ۱۷۹.

(۲) العاملی، مفتاح الكرامة، ج ۱۰، ص ۹، قسم المتن.

(۳) ابن سعيد الحلی، الجامع للشرائع، ص ۵۲۲.

(۴) المسالك، ج ۲، ص ۲۸۳.

(۵) السيد جواد العاملی، مفتاح الكرامة، ج ۱۰، ص ۹.

(۶) الأردبيلی، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۹

نعم الإجماع فی هذه المسألة مستند إلى الآيات و الروايات و السيرة الموجودة بين المسلمين حيث لم تُرَ قاضية بين المسلمين على منصَّة القضاء، و إلى سائر الجهات التی تدعم عدم صلاحيتها للقضاء فيصبح الإجماع مدركياً لا تعبدياً، و لا محيص للفقيه عن دراسة الأدلّة.

هذا و أنّ الأصل الأوّلی فی المقام هو عدم الجواز فعلى المجوّز إقامة الدليل، إذ العمومات الواردة فی القاضی المنصوب منصرفة إلى الرجال و هی بينما ورد فيه لفظ «منكم» كما فی مقبولة ابن حنظلة «۱» أو «رجل» كما فی رواية أبی خديجة «۲» فهذان التعبيران، لو لم يدلا على اختصاص القضاء بالرجل فلا أقلّ أنّها منصرفة عن المرأة، و يؤيد الانصراف عدم التعارف، إذا لم تر فی زمن الخلفاء و لا بعدهم امرأة تتولى مهمّة القضاء و ما قيل من أنّ مدار الانصراف، كثرة الاستعمال و ندرته، لا كثرة الوجود و قلّته، لو تمّ، فالمقام من موارد عدم الوجود لا قلّته. فلو كان هذا المقدار كافياً فی عدم الجواز فالفقيه فی فسحة من الاستدلال بالآيات و الروايات، و إلّا فإن استشكل فی انصراف العمومات فلا محيص من دراسة سائر الأدلّة و لنذكر ما يمكن الاستدلال به على المنع

و لنقدّم البحث عن الآيات:

الآية الأُولى: (الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَى النِّساءِ)

اشارة

إنّ الحیاة الإنسانیة فی المجتمع لا ـ تدوم إلّا علی منهج سیادة الرجال علی النساء بما أودع الله فی فطرة کل منهما ما هو الأحسن و الأصلح بنظام التکامل فی الوجود، و یدل علیه قوله سبحانه: (الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَی النِّساءِ بِما فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلی بَعْضٍ وَ بِما أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوالِهِمْ فَالصّالِحاتُ قانِتاتٌ حافِظاتٌ لِلْغَیْبِ بِما حَفِظَ اللّهُ وَ اللاّتِی تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِی الْمَضاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَکُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَیْهِنَّ سَبِیلًا إِنَّ اللّهَ کانَ عَلِیًّا کَبِیراً)

---

(١) الوسائل، الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ١.

(٢) الوسائل، الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۵ و ٨.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج١، ص: ۵٠

(النساء/ ٣۴) و الاستدلال رهن دراسة المواضع التالیة:

المواضع الهامة الثلاثة فی تفسیر الآیة

اشارة

١- ما هو المراد من کون الرجال قوّامین علی النساء فهل هو بمعنی القیمومة لهنّ؟

٢- ما هو ملاک القیمومة؟

٣- إذا تبیّن ملاک القیمومة، فما هو إطار تلک الولایة فهل تختصّ بما یمت بالشئون الاجتماعیة فی حیاة الزوجین و لا تتجاوز عن ذلک الإطار، أو یعمّ مطلق الشئون الاجتماعیة من غیر فرق بین الزوجین و غیرهما فالرجال علی الإطلاق قوّامون علی النساء فی الحیاة الاجتماعیة من غیر فرق بین الزوج و غیره؟

و إلیک دراسة تلک المواضع، بشرح مفرداتها و جملها:

١– ما هو المراد من قوله سبحانه: الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَی النِّساءِ؟

«قوّامون» جمع «القوام» و هو و «قیّم» و قیّام بمعنی واحد، و المراد أنّ الرجال قائمون بشئون النساء قیام الولاة علی الرعیّة فی مجال التدبیر و التأدیب و الذبّ عن التعدی إلیهن. یقال: قام الرجل علی المرأة: قام بشأنها و لیس المراد من قیامهم بشأنهنّ هو انفاقهم علیهن لأنّه سبب الولاء لا مورده کما یشیر إلیه فیما بعد بقوله: «و بما انفقوا من أموالهم» بل المراد هو القیام بسائر الشئون ممّا تقوم علیه الحیاة الاجتماعیة التی تتوقف علی العقل و التدبیر، و القوّة و الاستطاعة و قد فسرت الآیة بنحو ما ذکرنا و إلیک بعض الکلمات:

١- قال الطبرسی: إنّ الرجال قیّمون علی النساء، مسلّطون علیهنّ فی التدبیر و التأدیب. «١»

---

(١) الطبرسی: مجمع البیان ٢/ ۴٣.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج١، ص: ۵١

٢ و قال ابن کثیر فی تفسیر قوله سبحانه: (الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَی النِّساءِ) أی الرجل قیّم المرأة أی هو رئیسها و کبیرها و الحاکم علیها و مؤدبها إذا أعرجت. «١»

٣- و قال الفیض فی تفسیره: أی یقومون علیهنّ قیام الولاة علی الرعیّة. «٢»

إلی غیر ذلک من الکلمات المترادفة.

إنّ مرجع القیمومة هاهنا، لیس إلی تصویرهن کالمجانین و السفهاء و الأطفال، و تکون قیمومة الرجال علیهن، کقیمومة الأب و الجدّ

إلیهم بل مرجعها إلی قیمومة الوالی علی الرعیة، و الدولة علی الشعب و لیس هنا من یتلقی ولایة الوالی علیه، نقصاً و تحقیراً، لأنّ الشعب المتفرق فی البلد یحتاج إلی من یدبّر أمره و یؤدب خاطئه و یذبّ عن کیانه و شرفه و ماله. و مثله العائلة فالبیت مجتمع صغیر فی مقابل البلد الذی هو مجتمع کبیر و الولایة علیه، کالولایة علی الجماعة الکبیرة.

إذا عرفت مفاد القیمومة فلنرجع إلی الأمر الثانی من الأُمور الثلاثة.

۲- ما هو ملاک القیمومة و السیطرة؟

اشارة

إذا دلّت الآیة علی قیمومة الرجال علی النساء فلا بدّ لها من ملاک یبرّر تلک السلطة و إلّا فهما فردان من طبیعة واحدة، مصداقان لهما و قد ذکر الکتاب العزیز، لها ملاکین أشار إلیهما بقوله: (بِمٰا فَضَّلَ اللّٰهُ بَعْضَهُمْ عَلیٰ بَعْضٍ وَ بِمٰا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوٰالِهِمْ).

فهذان الملاکان یختلفان فی أنّ الأوّل موهوبیّ و الثانی اکتسابی، بمعنی انّه سبحانه خصّهم بلا اختیار بفضیلة ثمّ هؤلاء قاموا بکسب فضیلة أُخری.

الملاک الموهوبی

أمّا الملاک الخارج عن الاختیار فهو أنّه سبحانه فضّل الرجال علی النساء فی

---

(۱) ابن کثیر: التفسیر: ۲/ ۲۷۵.

(۲) الفیض، تفسیر الصافی: ۱/ ۳۵۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۵۲

مجالی التکوین و الخلیقة، و التشریع و التقنین.

و مع أنّ المراد هو تفضیلهم علی النساء یقول سبحانه (بِمٰا فَضَّلَ اللّٰهُ بَعْضَهُمْ عَلیٰ بَعْضٍ)، و المقصود من البعض الأوّل هو الرجال و من الثانی هو النساء، و التنوین فی «بعض» عوض عن الضمیر. و إنّما عبّر بهذا دون أن یصرّح مثل ما قلناه، لأجل إفادة أنّ الطائفتین داخلتین تحت نوع أو جنس واحد، مشارکتین فی الإنسانیة و البشریة و لکن فُضِّلَ بعض أفراده علی البعض الآخر منه، و بذلک استطاعت الآیة أن تحفظ شأن المرأة و مقامها و تفید أنّ تفضیل الرجال علیها لا یوجب دخولهما تحت طبیعتین أو جنسین متغایرین بل هما مع الوحدة فی النوع و الجنس یختلفان فی العوارض و الخصوصیات و هذا النوع من التعبیر شائع فی القرآن الکریم.

قال سبحانه: (أَنِّی لٰا أُضِیعُ عَمَلَ عٰامِلٍ مِنْکُمْ مِنْ ذَکَرٍ أَوْ أُنْثیٰ بَعْضُکُمْ مِنْ بَعْضٍ). (آل عمران/ ۱۹۵).

ثمّ إنّ مجری هذا التفضیل الذی یخبر عنه سبحانه إمّا التکوین أو التشریع، أمّا التکوین فیرجع إلی أمرین بهما فُضِّلَ الرجال علی النساء، و هو العقل و الإدراک، و القدرة و الاستطاعة إذ لا شکّ أنّ عقول الرجال أکثر، کما أنّ قدرتهم علی الأعمال الشاقّة أوفر، و لیس هذا شیء ینکر و لو وجدنا هناک لفیفاً من النساء یفضلن علی لفیف من الرجال فی العقل و التدبّر أو وقفنا علی نساء لهنّ المقدرة و الاستطاعة البالغة علی أعمال شاقّة فلا- یکون ذلک ملاکاً لتفضیل النساء علی الرجال فإنّ الملاک فی القضاء هو الغلبة الساحقة و الغالب علی الرجال فی مجال العقل و التدبیر هو الزیادة علی النساء فیهما، و لأجل ذلک فیهم من العقلاء ما لیس فیهنّ کما أنّ مقدرتهم علی الأعمال الشاقّة أکثر، و بالجملة: الملاک المتوسطات من النساء و المتوسطون من الرجال.

۱- قال الشیخ الطوسی: «و المعنی الرجال قوّامون علی النساء بالتدبیر

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۵۳

و التأديب لما فضّل الله الرجال على النساء فى العقل و الرأى».
۲- و قال الطبرسى «۱» فى تفسير قوله: (بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ) هذا بيان سبب تولية الرجال عليهنّ أى إنّما ولّاهم الله أمرهنّ لما لهم من زيادة الفضل عليهنّ بالعلم و العقل و حسن الرأى و العزم. «۲»
۳- و قال الزمخشرى: إنّ الرجال يفضلون على النساء بالعقل و الحزم و العزم و القوّة و الفروسية، و الرمى و أنّ منهم الأنبياء و العلماء و فيهم الإمامة الكبرى و الصغرى. «۳»
هذا كلّه هو التفضيل فى التكوين. و أمّا التفضيل فى التشريع فالراجع إلى الفقه الإسلامى يجد هناك تفوقاً للرجال على النساء نشير إلى لفيف منه:
أوضع عنهنّ الصلاة و الصوم فى أيام خاصة لطروء الضعف عليهنّ فى ميدان العمل.
ب جعل شهادة امرأتين بمثابة شهادة رجل واحد و قال: (فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ) (البقرة/ ۲۸۲).
ج خاطب الرجال بالنفر و الخروج، و قال: (انْفِرُوا خِفَافاً وَ ثِقَالًا وَ جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَ أَنْفُسِكُمْ فِى سَبِيلِ اللّهِ) (التوبة/ ۴۱).
و خاطب النساء بقوله: (وَ قَرْنَ فِى بُيُوتِكُنَّ) (الأحزاب/ ۳۳).

تبريزى، جعفر سبحانى، نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۱۸ ه‍ ق نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج ۱، ص: ۵۳
د جعل الطلاق بيد الزوج و قال: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» و العدّة بيد النساء.
ه جعل ميراث الذكر مثل حظّ الأُنثيين.

---

(۱) الطوسى: التبيان ۳/ و الغاية من نقل عبارته، هو آخرها لا أوّلها لما مرّ الكلام فيه و الغرض بيان ملاک التفضيل.
(۲) الطبرسى: مجمع البيان: ۲/ ۱۳.
(۳) الزمخشرى: الكشاف: ۱/ ۲۰۶.
نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۵۴
و جعل دية المرأة نصف دية الرجل.
ز رفع عنهنّ الجمعة و الجماعة.
ح خصّ الرجال بالنبوة و الخلافة.
إلى غير ذلک من التشريع المختلف الحاكى عن تفضيل بعضهم على بعض.

الملاک الاكتسابى

هذا كلّه يرجع إلى التفضيل بالملاک الأوّل و أمّا التفضيل بالملاک الثانى أى الملاک الاكتسابى فإليه أشار بقوله: (وَ بِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ) فالانفاق بالأموال فى الحياة اليومية و فى مجال المهر و من المعلوم مزية المنفِق على المنفَق عليه.
إلى هنا تمّ بيان ملاک القيمومة، و علمت أنّ أحدهما وهبىّ و الآخر اكتسابى و أنّ مرجع الأوّل تارة هو التكوين و أمر الخلقة و أُخرى إلى التشريع الإسلامى المبنى على مصالح واقعية و إنّما المهم هو بيان مجال الولاية و إطارها و أنّ قيمومة الرجل إلى أىّ مدى؟
و هنا نكتتان نلفت إليهما نظر القارئ قبل بيان حدِّها:
الأُولى: إنّ التشريع الإسلامى فى مجال الرجل و المرأة يبتنى على رعاية فطرتهما أوّلًا و المصالح الاجتماعية ثانياً، فلو رفع بعض

التكاليف عنها فإنّما هو لأجل رعايـة حالها أوّلًا أو المصالـح الاجتماعيـة ثانياً، فهذا النوع من التشـريع لا يعنى الإطاحة بمقام المرأة فلو رفع الجهاد عنه فلأجل أنّ طبيعـة المرأة طبيعة عاطفية حساسة لا يناسب الأعمال الشاقة البالغة الصـعوبة، فلو جعل ميراثها نصف ميراث الرجل فلأجل مصلحة ملزمة فى ميدان المعيشة فإنّ الرجل هو المتكفل فى حياة العائلة و هو الباذل لكل ما يحتاجون إليه دون المرأة.

الثانية: إنّ رفع بعض التكاليف و إن كان يوجب حرمانها من الثواب و الأجر

الأُخروى لكن الإسـلام تـداركه بوضع وظائف أُخرى على عاتقها لو قامت بها لأدركت الثواب الفائت من الجهاد مثلًا و هناك حوار، بين وافـدة النساء و النبى الأكرم حيث عرّفت نفسـها بأنّها وافـدة النساء و قالت: بأبى أنت و أُمى إنّى وافـدة النساء إليك و اعلم نفسـى لك الفداء أنّه ما من امرأة كائنة فى شرق و لا غرب سمعت بمخرجى هذا إلّا و هى على مثل رأيى.

إنّ الله بعثك بالحقّ إلى الرجال و النساء فآمنّا بك و بإلهك الذى أرسلك، و إنّا معشـر النساء محصورات مقصورات، قواعد بيوتكم، و مقضـى شـهواتكم، و حاملات أولادكم، و أنّكم معاشر الرجال فُضِّلتم علينا بالجمعة و الجماعات و عيادة المرضى و شهود الجنائز و الحـجّ بعـد الحـجّ و أفضل من ذلك، الجهاد فى سبيل الله و أنّ الرجل منكم إذا خرج حاجّاً أو معتمراً أو مرابطاً حفظنا لكم أموالكم و غزلنا أثوابكم و ربّينا لكم أموالكم فما نشاركم فى الأجر يا رسول الله؟

فالتفت النبى صـلّى الله عليه و آله و سـلّم إلى أصـحابه بوجهه كله، ثمّ قال: هل سمعتم مقالة امرأة قط أحسن من مسألتها فى أمر دينها من هذه؟

فقالوا: يا رسول الله! ما ظننا أنّ امرأة تهتدى إلى مثل هذا.

فالتفت النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم إليها، ثمّ قال لها: انصرفى أيتها المرأة، و اعلمى من خلفكِ من النساء أنّ حسن تبعل إحداكنّ لزوجها و طلبها مرضاته و اتباعها موافقته، تعدل ذلك كلّه، فأدبرت المرأة و هى تهلّل و تكبّر استبشاراً. «۱»

و لأجل ذلك التدارك يصفهنَّ سبحانه بقوله: (فَالصّالِحاتُ قانِتاتٌ حافِظاتٌ لِلْغَيْبِ بِما حَفِظَ اللّهُ) (النساء/ ۳۴).

فالصالحـة عبارة عن القانتـة، و المطيعـة لزوجها إطاعـة دائمـة مهما أرادوا منهنّ ممّا له مساس بالتمتّع و سائر الجهات المرتبطـة بشـئون الحياة الزوجية و هى فى مقابل

---

(۱) الدر المنثور: ۲/ ۱۵۳.

قوله سبحانه: (وَ اللّاتِى تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ) (النساء/ ۳۴).

(حافِظاتٌ لِلْغَيْبِ) أى يحفظن فى غيبـة الأزواج ما يجب حفظه من النفس و المال. و إخراج الحكم و الأمر بصورة الوصف آكـد فى الوجوب.

قوله: (بِما حَفِظَ اللّهُ) الباء للمقابلة، أى يقمن بما ذكر فى مقابل ما حفظ الله لهم من الحقّ فأوجب عليهنّ الإطاعة و حفظ الغيب لهم.

۳- سعة القيمومة و ضيقها

إلى هنا فرغنا من الأمرين المهمين: إثبات القيمومة، و ملاكها.

بقى الكلام فى إطارها وسعتها و ضيقها فنقول:

إنّ ملاك القيمومة بعد الإمعان فى الآية يتلخّص فى مجموع أمرين:

۱- بما فضل الله الرجال على النساء فى مجال الإدارة و التدبير، و القدرة و الاستطاعة الجسمية.

۲- بما یقومون من عمل الانفاق علی النساء.

فالملاک مجموع الأمرین فلأجلهما للرجال قیمومة علی النساء.

و علی ذلک تتحدد القیمومة بالحیاة الاجتماعیة للعائلة. فلو کان أمراً فردیاً، کالغزل و الخیاطة فلا ولایة له علیها، إذا لم یکن مانعاً عن تمکینها للاستمتاع. أو کان أمراً اجتماعیاً و لکن خارجاً عن العلاقات الزوجیة، کما إذا تصدی للوکالة عن الغیر، و القضاء بین المتخاصمین الأجنبیین فهو خارج عن مفاد الآیة لعدم ملاک للقیمومة فی الغیر، و لا فی المتخاصمین علی المرأة، حتی لا تصلح للوکالة و القضاء.

و بعد ثبوت اختصاص ملاک القیمومة بالأُمور الاجتماعیة العائلیّة. فهل تعمّ کل الأُمور و لو کان خارجاً عن إطار الزوجیة أو تختص بهذا الإطار و هذا هو المهم؟

و بعبارة أُخری: هل تختص الولایة بالعلاقات الزوجیة و نظام العائلة؟ ففی کل أمر له صلة بهذا النظام، فالرأی هو رأی الزوج و له التسلط و السیطرة إلّا إذا

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۷

خالف الکتاب و السنة، و أمّا الخارج عن هذا الإطار فلا، سواء کان راجعاً إلی الحیاة الفردیة لکل من الزوجین، أو راجعاً لکل من الرجال و النساء و إن لم تکن بینهما علاقة الزوجیة سواء أ کان من الأمور الفردیّة أم الاجتماعیّة ففیها الرجل و المرأة سواء.

أو أنّها تعمّ لجمیع المجالات الاجتماعیة و لا تختصّ بالحیاة العائلیة ففی الجهات العامة الاجتماعیة التی لها صلة بما فضل اللّه به الرجال علی النساء، لهم قیمومة علیهنّ؟ وجهان:

یؤید الوجه الأوّل: مضافاً إلی مسألة الانفاق سیاق الآیة، فإنّه بصدد بیان وظائف الزوجین و شئونهما و إن کانت تستعین بلفظ الرجال و النساء لکن المقصود هو الزوجان یقول سبحانه: (وَ لِکُلٍّ جَعَلْنا مَوالِیَ «۱» مِمّا تَرَکَ الْوالِدانِ وَ الْأَقْرَبُونَ ...) (النساء/ ۳۳) أی لکل من الزوجین، فتأمل.

(الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَی النِّساءِ ... وَ اللّاتِی تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ...) (النساء/ ۳۴).

(وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقاقَ بَیْنِهِما فَابْعَثُوا حَکَماً مِنْ أَهْلِهِ وَ حَکَماً مِنْ أَهْلِها) (النساء/ ۳۵).

فالموضوع فی الآیات، هو الزوجان، و اعطاء القیمومة لواحد منهما، لا یعنی کونه قیّماً فی خارج هذا الإطار.

و یؤیده أیضاً شأن نزولها الذی نقله المفسّرون: نزلت فی امرأة نشزت علی زوجها فلطمها فانطلق أبوها معها إلی النبی فقال: أفرشته کریمتی فلطمها فقال النبیّ صلَّی اللّه علیه و آله و سلَّم: لتقتصّ من زوجها فانصرفت مع أبیها لتقتصّ منه فقال النبی: ارجعوا فهذا جبرائیل أتانی و أنزل اللّه هذه الآیة فقال: أردنا أمراً و أراد اللّه أمراً و الذی أراد

---

(۱) الموالی: أی الأولی بالمیراث.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۸

خیر و رفع القصاص. «۱»

و یؤید الوجه الثانی: أنّ مورد الآیة و إن کان خاصاً لکن الملاک الذی فضّل به الرجال علی النساء عام یعم کل جهة اجتماعیة ترتبط بحیاة الرجال و النساء فعموم العلّة یعطی أنّ الحکم المبنیّ علیها أعنی قوله: (الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَی النِّساءِ) (النساء/ ۳۴) غیر مقصور علی الأزواج بأن یختص القوامیة بالرجل علی زوجته بل الحکم مجعول لقبیل الرجال علی قبیل النساء فی الجهات العامة التی ترتبط بها حیاة القبیلتین جمیعاً فالجهات العامة الاجتماعیة الّتی ترتبط بفضل الرجال کجهتی الحکومة و القضاء مثلًا إنّما تقومان بالتعقل الذی هو فی الرجال بالطبع أزید منه فی النساء و کذا الدفاع الحربی الذی یرتبط بالشدّة و قوة التعقّل. کل ذلک ما یقوّم الرجال علی النساء.

و على هـذا فقوله: (الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَى النِّساءِ) ذو إطلاق عام و أمّا قوله بعـد: (فَالصّالِحاتُ قانِتاتٌ ...) الظاهر فى الاختصاص بما بين الرجل و زوجته فهو فرع من فروع هذا الحكم المطلق و جزئى من جزئياته، مستخرج منه من غير أن يتقيد به إطلاقه.

و مع ذلك «۲» ففى النفس من عموميـة الحكم أو إطلاقـه شـيء و هو أنّ وقوع الحكم أعنى: كون الرجال قوّامون على النساء فى ثنايا الأحكـام المربوطـة بـالزوجين، و كون الملاـك الثانى للتفضـيل و القيمومـة هو الانفـاق، المختصّ بالزوج، يصـدّنا عن الحكم القاطع بإطلاقه.

و بعبارة واضـحة: لو كان سـبب القيمومـة هو الوجه الأوّل أعنى الرجاحـة فى العقل، و القوة فى التدبير، و القدرة فى الدفاع لكان كافياً فى ثبوتها لهم مطلقاً و لكنّها ليست هى السبب الوحيد، بل منضمّة إلى الانفاق و القيام بتجهيز وسائل الحياة،

---

(۱) مجمع البيان: ۲/ ۴۳ ط صيدا. نقله غيره أيضاً.

(۲) الطباطبائى: الميزان: ۴/ ۳۶۵ و ۳۶۶.

و هو مختصّ بالزوجين. نعم لو كان كل سبباً مستقلًا لها، لعمت مطلق الرجال و النساء فلاحظ.

الآية الثانية: وَ لِلرِّجالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ

قـال سـبحانه: (وَ الْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ وَ لا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ ما خَلَقَ اللّهُ فِي أَرْحامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذلِكَ إِنْ أَرادُوا إِصْلاحاً وَ لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِى عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَ لِلرِّجالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَ اللّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) (البقرة/ ۲۲۸).

الآية متضمنة لبيان أحكام الطلاق الرجعىّ و تذكر الأُمور التالية.

۱- المطلّقـة تتربّص ثلاثة أطهار و لا تتزوّج فيها لئلا يلزم اختلاط المياه و يفسد النسل، و القُرء فى الآية بمعنى الطهر، لا الحيض خلافاً للعامّـة و ذلك لأنّه من القرء بمعنى الجمع، و الـدم يجتمع أيام الطهر شـيئاً فشـيئاً حتى يقـذفه الرحم أيام الحيض و الذى يدل على أنّه بمعنى الجمع، قوله سبحانه: (لا تُحَرِّكْ بِهِ لِسانَكَ لِتَعْجَلَ بِهِ* إِنَّ عَلَيْنا جَمْعَهُ وَ قُرْآنَهُ* فَإِذا قَرَأْناهُ فَاتَّبِعْ قُرْآنَهُ) (القيامـة/ ۱۸۱۶). و قال أيضاً: (وَ قُرْآناً فَرَقْناهُ لِتَقْرَأَهُ عَلَى النّاسِ عَلى مُكْثٍ) (الأسراء/ ۱۰۶). وجه الاسـتدلال أنّه سـبحانه عبّر بـالقرآن، و لم يعبّر بالكتاب أو الفرقان أو ما شابهما، للتناسب الموجود بين الجمع و القرآن فى الآية الأُولى، و القرآن و التفريق فى الآية الثانية.

۲- تحرم عليهنّ كتمان الولد فى الرحم استعجالًا فى خروج العدّة أو اضراراً بالزوج فى رجوعه.

۳- للزوج الرجوع ما دامت هى فى العدّة، و ليكن الرجوع لغاية الإصلاح لا للإضرار.

۴ و لهنّ مثـل الـذى عليهن بـالمعروف أى أنّ الحقوق بينهما متبادلـة و لو اسـتحق الزوج شـيئاً عليها، فهى تسـتحق شـيئاً آخر عليه. قال الطبرسـى: و هـذا من الكلمات العجيبـة الجامعة للفوائد الجمّة و إنّما أراد بذلك ما يرجع إلى حسن العشـرة و ترك المضارة و التسوية فى القَسم و النفقـة و الكسوة كما أنّ للزوج حقوقاً مثل الطاعة التى أوجبها الله عليها له و أن لا تَدخل فراشَ غيره، و أن تحفظ ماءه فلا تحتال فى إسقاطه.

۵- و «۱» للرجال عليهن درجـة: أى منزلة فضـيلة عليهنّ مع كون الحقوق بينهما متبادلة، و لمّا كان ذلك موهماً، لتساوى منزلتهما، دفع ذلك الوهم بأنّ للرجال عليهنّ منزلـة و فضـيلة و كون الحقوق متبادلة لا يقتضـى تساويها فى جميع المراحل الاجتماعية و لأجل ذلك

صار سهم الذكر ضعف الأنثى فى الميراث، و حقّ الطلاق بيد الزوج، و الرجعة موكولة إليه و لم يكتب الجهاد على المرأة لعدم تلائمه مع فطرتها إلى غير ذلك من الأُمور التى تثبت، تقدّم الرجل عليها فى مجالات خاصة.

هـذا كلّه يرجع إلى توضيح جمل الآيـة إنّما الكلام فى عمومية قوله: «و للرجال عليهنّ درجة» بالنسـبة إلى القضاء و فصل الخصومة و يمكن منعه لأنّها قضـية موجبة جزئية، تصدق بوجود المنزلة للرجال فى موارد خاصة كالميراث و الطلاق، و الجهاد و غيرها ممّا عرفت و لا يتوقف صدقها على حرمانها من القضاء فيكون التمسك بها فى مورد المنع عن القضاء تمسّكاً بالدليل فى الشبهة المصداقية.

نعم هناك وجه آخر للتمسّك ربّما يظهر من كلام العلّامة الطباطبائى قدَّس سرَّه و يمكن تقريره بالنحو التالى:

إنّه سـبحانه يقول قبـل هـذه الجملـة: (وَ لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِى عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) فلو قلنا إنّ المعروف هو العمل المطابق بالفطرة تكون الخلقة ميزاناً لتمييز مالها عمّا

---

(۱) الطبرسى، مجمع البيان: ۱/ ۳۲۷.

عليها، و لمّا كان أمر القضاء مما يطلب لنفسه العقل و الدراية الكثيرة بخلاف الحضانة و أمثالها فيكون للرجل فى القضاء عليهن درجة دون الحضانة.

و لكن تفسير المعروف بما ذكره، غير واضح لأنّه كما يقول الراغب «۱»: كل فعل يعرف حسنه بالعقل أو الشرع و المنكر ما ينكر بهما. و كون القضاء أمراً معروفاً بالنسبة إلى الرجل دون المرأة أوّل الكلام.

***

الآية الثالثة: قوله: وَ هُوَ فِى الْخِصٰامِ غَيْرُ مُبِينٍ

قال سبحانه: (أَ وَ مَنْ يُنَشَّؤُا فِى الْحِلْيَةِ وَ هُوَ فِى الْخِصٰامِ غَيْرُ مُبِينٍ) (الزخرف/ ۱۸).

لما ذكر قول المشركين بأنّ الله سبحانه اتخذ ممّا يخلق بنات و أصفاهم بالبنين ردّه سبحانه بوجهين:

۱- كيف تصـفونه بأنّه سـبحانه اتخذ لنفسه بنات، مع أنّ أحدكم إذا بشر بها ظلّ وجهه مسودّاً و هو كظيم؟ فإذا كان اتخاذ البنات أمراً حسناً، فَلِما ذا تتسوّد وجوهكم عند التبشير بها؟ و لو كان الاتخاذ قبيحاً فلِمَ تنسبونه إلى الله؟

۲- كيف تصـفونه سـبحانه باتخاذ البنات، مع أنّ الأُنثى تنشأ و تشب فى الحلية و فى الوقت نفسه فهى فى مقام المخاصـمة و الاحتجاج ضعيفة التقرير، و التعلّق الشديد بها آية كونها موجودة حساسة عاطفية، ضعيفة التعقّل و مع ذلك فكيف تصفون الله باتخاذهم بنات؟

وجه الاسـتدلال: إنّ قوام القضـاء بالاحتجـاج و الجـدال و تحقيق الحقّ و هو رهن منطق قوى و عقـل واع، و المرأة فاقـدة لـذلك. لأنّ المتوسطين من الرجال أعقل من

---

(۱) الراغب: ۳۳۱ مادة «عرف».

متوسطات النساء و أبين حجّة و أوضح بياناً فلا تصلح الثانية لها.

لكن كون القضاء رهن الاحتجاج و الجـدال غير واضح خصوصاً إنّ القضاء فى المحاكم يتوقف على الدقة فى كلمات المترافعين و ما حول القضية من الأمارات و القرائن التى تثبت صدق دعوى المدعى أو كذبها و لا حاجة إلى جدال و لا يقوم على المناظرة.

هذا كلّه حول الآيات، و اتضح عدم دلالتها القطعية على المراد و إليك البحث فى الروايات الواردة فى المقام.

الاستدلال بالروايات

۱- ما رواه الصدوق فى الفقيه بإسناده عن حمّاد بن عمرو، و أنس بن محمد عن أبيه عن جعفر عن أبيه عن آبائه فى وصية النبى صلَّى الله عليه و آله و سلَّم لعلى عليه السلام قال: يا على! أُوصيك بوصية فاحفظها فلا تزال بخير ما حفظتَ وصيّتى إلى أن قال: ليس على المرأة جمعة و لا جماعة، و لا أذان و لا إقامة و لا عيادة مريض و لا اتّباع جنازة و لا هرولة بين الصفا و المروة و لا استلام الحجر و لا حلق و لا تولى القضاء و لا تستشار «۱» ببيان أنّه بصدد بيان نفى التشريع بقرينة بعض ما جاء فيها كالحلق.

لكنّها ضعيفة سنداً و دلالة أمّا الأوّل فلأنّ حمّاد بن عمرو سواء كان الصنعائى أو الكوفى مجهول. و مثله أنس بن محمد، و ليس له رواية فى الكتب الأربعة إلّا هذه الرواية «۲» على أنّ فى سند الصدوق إليهما مجاهيل يظهر من الرجوع إلى المشيخة فانّ فيها: «و ما كان فيه عن حمّاد بن عمرو و أنس بن محمّد فى وصية النبى لأمير المؤمنين عليه السلام فقد رويته عن محمّد بن على الشاه بمروالرود، قال: حدّثنا أبو حامد أحمد بن محمّد بن أحمد بن الحسين، قال: حدثنا أبو يزيد أحمد بن

(۱) تنقيح المقال: ۱/ ۱۵۵.

(۲) الوسائل، الجزء ۱۸، الباب ۲ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۱.

خالد الخالدى، قال: حدّثنا محمّد بن أحمد بن صالح التميمى قال: أخبر محمّد بن حاتم القطّان، عن حمّاد بن عمرو عن جعفر بن محمّد الخ.

قال: و رويته أيضاً عن محمد بن على الشاه، قال: حدّثنا أبو حامد، قال: أخبرنا أبو يزيد، قال: أخبرنا محمّد بن صالح التميمى قال: حدّثنا أبى قال: حدّثنى أنس بن محمد أبو مالك عن أبيه عن جعفر بن محمّد. «۱»

و أمّا الثانى فلأنّ الظاهر أنّ المرفوع هو الوجوب بقرينة أكثر ما جاء فيه من الأذان و الإقامة و اتباع الجنازة و عيادة المريض، إلّا الحلق فإنّه محرّم عليها.

۲- ما رواه جابر عن الباقر عليه السلام: «و لا تولّى المرأة القضاء و لا تولّى الإمارة «۲» و هى مرسلة لا تصلح للاحتجاج.

۳- ما فى نهج البلاغة فى الوصية التى كتبها الإمام لولده الحسن عند منصرفه من صفين بحاضرين: «و لا تملك المرأة ما جاوز نفسَها فإنّ المرأة ريحانة و ليست بقهرمانة» و المراد الأُمور الخارجة عن قدرتها. و كون القضاء من مصاديقه أمر مشكوك فلا يمكن التمسّك به.

نعم قال صلَّى الله عليه و آله و سلَّم قُبيل تلك الجملة: «و إيّاك و مشاورة النساء فإنّ رأيهن إلى أفن «۳» و عزمهنّ إلى وهن». «۴» و لكن النهى عن المشاورة بمعنى أن تقع طرف المشاورة، و القضاء يجرها إلى المشاورة، لا أن تكون طرف المشاورة.

۴- ما رواه البخارى مسنداً و احتجّ به الأصحاب فى الكتب الاستدلالية عن أبى بكرة قال: لقد نفعنى الله بكلمة سمعتها من رسول الله أيام الجمل بعد ما كدت أن ألحق بأصحاب الجمل فأُقاتل معهم قال: لمّا بلغ رسول الله صلَّى الله عليه و آله و سلَّم أنّ أهل فارس قد

(۱) الفقيه، ج ۴، قسم المشيخة، ص ۱۳۴.

(۲) المجلسى: البحار: ۱۰۳/ ۲۵۴، الحديث ۱.

(۳) الأفن بسكون الفاء: النقص و بالتحريك ضعف الرأى.

(۴) نهج البلاغة، قسم الرسائل: الرسالة ۳۳

ملّکوا علیهم بنت کسری قال: لن یفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة. «۱»

و الروایة علی فرض القبول لأجل استناد الأصحاب إلیها فی الکتب الاستدلالیة، تنهی عن الحکومة العامة و الولایة المطلقة علی البلد و المدینة و أین ذلک من مراجعة النساء لحلّ العقد، إلی امرأة فی قریة أو مدینة و من المعلوم أنّ ثبوت الحکم فی القوی لا یلازم ثبوته فی الضعیف.

إذا عرفت ذلک فلنا أن نقول بعد هذا البحث الضافی:

۱- إنّ کل واحد من هذه الأدلّة و إن کان غیر واف بالمراد، و غیر صالح للاستدلال، لکن حکم المجموع غیر حکم کل فرد، و لعلّ المجموع من حیث هو، کاف فی إفادة الاطمئنان علی عدم صلاحیتها للقضاء و هذه هی السیرة المستمرة بین الفقهاء فی أمثال المقام إذ ربما لا تکون الأدلّة إذا لوحظت بانفرادها مفیدة للاطمئنان لعدم خلوّها عن المناقشة لکن إذا لوحظت بصورة المجموع، ربّما تکون قوة دلالة البعض جابرة لضعف دلالة الآخر و بالعکس، أی قوّة سند البعض جابرة لضعف سند الآخر فیتفاعلان و یؤثران.

۲- التمسّک بالسیرة المستمرة بین المسلمین عبر القرون، فإنّ السیرة و إن کانت علی الإیجاب فی جانب الرجل، و هی بوحدتها لا تسلب الصلاحیة عن المرأة لکن استمرارها علی نصب الرجال دون النساء، ربّما تحمل بیاناً سلبیاً بالنسبة إلی المورد الآخر.

۳- إنّ الأصل الأوّلی فی باب القضاء هو عدم الجواز، فعلی القائل بالجواز إقامة الدلیل، لا علی النافی لما عرفت من أنّ الأدلّة الواردة فی زمان عدم بسط الید، واردة فی مورد الرجل أو منصرفة إلیها.

أضف إلی ذلک أنّ ممارسة القضاء للمرأة لا تخلو فی زماننا هذا عن

---

(۱) البخاری: الصحیح، ج ۶؛ کتاب المغازی/ ۱۰ و غیره.

مضاعفات تحطّ من منزلتها و کرامتها و تقواها و تجعلها فی مقربة ممّا لا تحمد عاقبته کما لا یخفی إلّا إذا حدَّدت أعمالها بتخصیص رجوع النساء إلیها. و لذلک یلزم علیهنّ الاشتغال فی مراکز تحفظ کرامتهن.

الشرط الثامن: الاجتهاد

اشارة

هذا الشرط یعبّر عنه تارة بالاجتهاد المطلق و أُخری «بالعلم بجمیع ما ولیه» و سیوافیک أنّ الشرط الواقعی هو صدور القاضی عن الکتاب و السنة مباشرة و هو لا ینطبق فی الأعصار المتأخرة إلّا علی المجتهد دون المقلِّد و ما یبدو منّا من کون الشرط هو الاجتهاد فهو من باب المجاراة للقوم فی الاصطلاح و إلّا فالشرط الواقعی هو ما ذکرناه.

و معنی الشرط عدم صلاحیة المقلّد لتصدی القضاء و لا المتجزی، و هو معروف بین الأصحاب لم یخالف فیه إلّا المحقّق القمی عند الاضطرار علی ما حکاه المحقق الرشتی فی قضائه «۱» و یظهر من صاحب الجواهر جواز تصدّی المقلّد فی موضع من کلامه «۲» و قبل الخوض فی الأدلّة نذکر کلمات الأصحاب:

۱- قال الشیخ فی الخلاف: لا یجوز أن یتولّی القضاء إلّا من کان عارفاً بجمیع ما ولی و لا یجوز أن یشذ عنه شیء من ذلک، و لا یجوز أن یقلّد غیره ثمّ یقضی به. و قال الشافعی: ینبغی أن یکون من أهل الاجتهاد و لا یکون عامیاً و لا یجب أن یکون عالماً بجمیع

ما وليه و قال فى القديم مثل ما قلناه. و قال أبو حنيفة: يجوز أن يكون جاهلًا بجميع ما وليه إذا كان ثقة و يستفتى الفقهاء و يحكم به، و وافقنا فى العامى انّه لا يجوز أن يفتى به. «۳»

(۱) الرشتى: كتاب القضاء: ۲۹.

(۲) النجفى: جواهر الكلام: ۴۰/ ۱۸.

(۳) الطوسى: الخلاف، ج ۳، كتاب القضاء، المسألة ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۶۶

۲- و قال فى النهاية: و ليس يثق أحد بذلك من نفسه حتّى يكون عاقلًا، كاملًا، عالماً بالكتاب و ناسخه و منسوخه، و عامِه و خاصِّه و إيجابه، و محكمِه و متشابِهه، عارفاً بالسنّة و ناسخها و منسوخها، عالماً باللغة مضطلعاً بمعانى كلام العرب، بصيراً بوجوه الإعراب. «۱»

۳- و قال أبو الصلاح الحلبى فى بيان شروط القاضى: العلم بالحقّ فى الحكم المردود إليه، و التمكّن من إمضائه على وجهه، ثمّ قال: و اعتبرنا العلم بالحكم لما بيّناه من وقوف صحّة الحكم على العلم، لكون الحاكم مخبراً، بالحكم عن الله سبحانه، نائباً فى إلزامه عن رسول الله. «۲»

۴- و قال ابن البراج: و القضاء لا ينعقد للقاضى إلّا بأن يكون من أهل العلم و العدالة و الكمال، و كونه عالماً بأن يكون عارفاً بالكتاب و السنّة و الإجماع و الاختلاف و لسان العرب. «۳»

۵- و قال ابن إدريس: و ليس يثق أحد بذلك من نفسه حتّى يكون عاقلًا، عالماً بالكتاب و ناسخه و منسوخه إلى آخر ما ذكره الشيخ فى النهاية بلفظها. «۴»

۶- و قال المحقّق: و كذا لا ينعقد لغير العالم المستقل بأهلية الفتوى و لا يكفيه فتوى العلماء و لا بدّ أن يكون عالماً بجميع ما وليه و فسّره فى الجواهر بقوله: أى مجتهداً مطلقاً كما فسره به فى المسالك فلا- يكفى اجتهاده فى بعض الأحكام دون بعض على القول بتجزى الاجتهاد.

۷- و قال «۵» العلامة فى القواعد: و لا المرأة إن أجمعت باقى الشرائط و لا ولد الزنا و لا الجاهل بالأحكام و لا غير المستقل بشرائط الفتوى و لا يكتفى بفتوى العلماء

(۱) الطوسى: النهاية، كتاب القضايا و الأحكام: ۳۳۷.

(۲) الحلبى: الكافى: ۴۲۲۴۲۱.

(۳) ابن البرّاج: المهذّب: ۲/ ۵۹۷.

(۴) ابن إدريس: السرائر: ۲/ ۱۵۴.

(۵) النجفى: الجواهر، ۴۰، قسم المتن: ۱۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۶۷

و يجب أن يكون عالماً بجميع ما وليه. «۱»

۸- و قال الشهيد فى المسالك عند قول المحقّق: «و كذا لا ينعقد لغير العالم» المراد بالعالم هنا المجتهد فى الأحكام الشرعية و على اشتراط ذلك إجماع علمائنا و لا فرق بين حالة الاختيار و الاضطرار ثمّ قال و المراد بكونه عالماً بجميع ما وليه كونه مجتهداً مطلقاً فلا يكفى اجتهاده فى بعض الأحكام دون بعض على القول بتجزى الاجتهاد. «۲»

۹- و قال العاملى فى مفتاح الكرامة عند شرح قول العلّامة: «و يجب أن يكون عالماً بجميع ما وليه» فالاجتهاد دون التقليد قوة قريبة أو

فعلًا فلا یکفی التجزی إجماعاً کما هو ظاهر المسالک و الکفایهٔ. «۳»

۱۰ و قال فی الجواهر عند شرح قول المحقّق: «و کذا لا ینعقد لغیر العالم المستقل بأهلیهٔ الفتوی» بلا خلاف أجده «۴» إلی غیر ذلک من الکلمات الحاکیهٔ عن اتّفاقهم علی شرطیهٔ الاجتهاد المطلق فی القضاء و سیوافیک من بعضهم ما یخالفه.

و قد اکتفی العلّامهٔ فی المختلف بنقل کلام الشیخ فی المبسوط علی تفصیله و لم یزد شیئاً علیه. «۵»

أدلّهٔ القول بشرطیّهٔ الاجتهاد

اشارهٔ

استدل القائل بشرطیهٔ الاجتهاد بأُمور:

الأوّل: الشهرهٔ الفتوائیهٔ المحقّقهٔ

لو لم نقل بوجود الإجماع من فقهائنا علیها

---

(۱) العاملی: مفتاح الکرامهٔ، ج ۱۰، قسم المتن: ۹.

(۲) الشهید الثانی: المسالک: ۲/ ۳۸۹.

(۳) العاملی: مفتاح الکرامهٔ: ۱۰/ ۹.

(۴) النجفی: الجواهر: ۴۰/ ۱۵.

(۵) العلّامهٔ: المختلف، کتاب القضاء، المسألهٔ ۳.

و قد ذکرنا شیئاً من عبائرهم. لکن الاعتماد علیه مشکل لاحتمال استناد المجمعین علی ما سیوافیک من الأدلّهٔ النقلیهٔ.

الثانی: إنّ الأصل فی القضاء هو المنع و لم یخرج منه إلّا العالم بالحکم لا الحاکی عن الغیر

و تمامیهٔ الدلیل یتوقف علی دراسهٔ ما ورد من الأدلّهٔ فی المقام و هی روایات معدودهٔ

اشارهٔ

و نأتی بالمهمّهٔ منها:

الأُولی: مقبولهٔ عمر بن حنظلهٔ:

روی الکلینی عن محمّد بن یحیی، عن محمد بن الحسین، عن محمد بن عیسی، عن صفوان بن یحیی، عن داود بن الحُصین عن عمر بن حنظلهٔ قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجلین من أصحابنا بینهما منازعهٔ فی دین أو میراث فتحاکما إلی السلطان و إلی

القضاة أ يحلّ ذلك؟ قال: من تحاكم إليهم فى حقّ أو باطل فإنّما تحاكم إلى الطاغوت، و ما يحكم له فإنّما يأخذ سحتاً، و إن كان حقّاً ثابتاً له، لأنّه أخذه بحكم الطاغوت، و ما أمر الله أن يكفر به قال الله تعالى: (يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ) «۱».

قلت: فكيف يصنعان؟ قال: «ينظران (إلى) من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فانّى قد جعلته عليكم حاكماً فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنّما استخف بحكم الله، و علينا ردّ، و الرادّ علينا الرادّ على الله، و هو على حدّ الشرك بالله».

قلت: فإن كان كل واحد اختار رجلًا من أصحابنا فرضيا أن يكونا الناظرين فى حقّهما، و اختلفا فيما حكما و كلاهما اختلفا فى حديثكم؟ قال: «الحكم ما حكم به أعدلهما و أفقههما و أصدقهما فى الحديث و أورعهما و لا يلتفت إلى ما يحكم به الآخر».

---

(۱) النساء/ ۶۰.

إلى أن قال:

قلت: جعلت فداك أ رأيت إن كان الفقيهان عرفا حكمه من الكتاب و السنّة، و وجدنا أحد الخبرين موافقاً للعامة و الآخر مخالفاً لهم بأىّ الخبرين يؤخذ؟ فقال: «ما خالف العامّة ففيه الرشاد». «۱»

أمّا من جاء فى السند فالكل غير الأخير أجلّاء ثقات و إليك ترجمتهم إجمالًا:

۱- محمّد بن يحيى: هو العطار القمى شيخ الكلينى و قد أكثر الرواية عنه.

۲- محمّد بن الحسين هو ابن أبى الخطاب أبو جعفر الزيات الهمْدانى جليل من أصحابنا عظيم القدر، و كثير الرواية ثقة عين حسن التصانيف مسكون إلى روايته «۲» المتوفى عام (۲۶۲) الثقة.

۳- محمّد بن عيسى العبيدى اليقطينى الذى وثقه النجاشى و إن راب فى حقّه استاذ الصدوق ابن الوليد و لا يعبأ به بعد توثيق النجاشى إيّاه و غيره.

۴- صفوان بن يحيى، ثقة جليل توفى عام (۲۱۰) غنى عن الترجمة.

۵- داود بن الحصين الأسدى هو أسدى الولاء كوفى المولد، قال النجاشى: ثقة روى عن أبى عبد الله و أبى الحسن و هو زوج خالة على بن الحسن الفضال «۳» و إن وصفه الشيخ بكونه واقفياً، إلّا أنّ النجاشى لم يتعرّض لوقفه و هو أضبط، فلم يبق فى السند إلّا عمر بن حنظلة و هو لم يوثق و حاول الشهيد الثانى توثيقه بوجوه مذكورة فى معجم رجال الحديث «۴» و لكنّا فى المقام فى غنى عن توثيقه فقد تلقّى المشهور هذه الرواية بالقبول و لأجل ذلك سمّيت مقبولة، و عليها المدار فى كتاب القضاء «۵» و إتقان الرواية يكشف عن صدورها عن الإمام عليه السلام، و قد

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ و ۹ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۱.

(۲) رجال النجاشى ۲۲۰: ۲، برقم ۸۹۸.

(۳) رجال النجاشى ۳۶۷: ۱، برقم ۴۱۹.

(۴) الخوئى: معجم رجال الحديث ۱۳/ ۲۷، برقم ۸۷۲۰ فقد أتى بها و ضعّفها كلّها، فلاحظ.

(۵) و لعلّ ما رواه فى الوسائل فى الباب ۹ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۲۰ عن داود بن

قلنا فى محلّه إنّ الملاك هو الوثوق بالصدور، لا الوثوق بالراوى.

هذا هو حال السند و إليك دراسة المتن فنقول:

و المستفاد منه أنّ القاضى لا بدّ أن يتمتّع بشروط يجب الأخذ بجميعها:

١- يجب أن يكون شيعياً إمامياً لقوله عليه السلام: «إلى من كان منكم» و بما أنّ الزيدية كانت منفصلة عن الإمام الصادق يوم صدور الرواية فلا تعمّهم الرواية و لا أضرابهم كالإسماعيلية و يكون المراد الفقيه الإمامى.

٢- أن يحكم بحكمهم لقوله عليه السلام: «فإذا حكم بحكمنا» فلو كان موالياً لهم و لكن حكم بحكم فقهاء العامة، فلا ينفذ حكمه.

٣- أن يكون راوياً لحديثهم لقوله عليه السلام: «روى حديثنا» و المتبادر كونه ممارساً لأحاديثهم، لا أنّه روى حديثهم مرّة أو مرّات، و نقل الحديث مقدّمة للشرط الآتى.

٤- أن يكون صاحب النظر و الفكر فى الحلال و الحرام لقوله عليه السلام: «نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا» و ليس المراد من النظر، الالتفات إليهما سطحياً، بل النظر فى الحلال و الحرام و الحكم الشرعى المروى عنهم بإمعان و دقّة قال سبحانه: (فَسِيرُوا فِي الْأَرْضِ فَانْظُرُوا كَيْفَ كَانَ عَاقِبَةُ الْمُكَذِّبِينَ*) (آل عمران/ ١٣٧) و ممّا يؤيّد ذلك، استعمال لفظ «عرف» فانّه لا يستعمل إلّا فى المورد الذى سبقه الاشتباه و الاختلاط و كل ذلك يخصّ المقبولة، بصاحب النظر المعبّر عنه بالمجتهد.

٥- و بما أنّ الجمع المضاف يفيد العموم، فلا يكفى العلم بواحد أو اثنين من أحكامهم، بل يجب أن يكون على حدّ يقال إنّه عارف بأحكامهم و هو الفقيه العارف باستنباط جميع ما يبتلى به، و عند ذاك تكون المقبولة ظاهرة فى المجتهد

الحصين عن أبى عبد الله بلا وساطة عمر بن حنظلة جزء من هذه الرواية، و ليس حديثاً مستقلًا سقطت الواسطة فيها.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج١، ص: ٧١

المطلق و قسم من المتجزئ.

٦- و يؤيد ذلك الظهور قوله: كلاهما اختلفا فى حديثكم فلو أُريد الاختلاف فى مضمون الحديث فهو شأن الفقيه و إن أُريد الاختلاف فى نقل الحديث فهو أيضاً لا ينفك عن الاجتهاد غالباً و إن لم يكن دائماً كذلك.

٧- و يؤيد أيضاً قوله: «فالحكم ما حكم به أعدلهما و أفقههما».

٨- و قوله: أ رأيت الفقيهان عرفا حكمه من الكتاب و السنّة.

و الناظر فى جميع القيود الواردة فى المقبولة يقف على أنّ الإمام عليه السلام نصب الفقيه الإمامى الذى يمارس الأحاديث و ينظر فى الحلال و الحرام و يعرف الأحكام الصادرة عن الأئمة و يصدر فى فتياه عن الكتاب و السنّة، قاضياً. و هذا لا ينطبق إلّا على الفقيه المستنبط لجميع الأحكام الشرعية او ما يقاربه فيما تبتلى به الأُمّة فى فترات مختلفة.

الثانية: مشهورة أبى خديجة الأُولى

روى الشيخ بإسناده عن محمّد بن على بن محبوب، عن أحمد بن محمّد، عن الحسين بن سعيد، عن أبى الجهم، عن أبى خديجة. قال: بعثنى أبو عبد اللّه عليه السلام إلى أصحابنا فقال قل لهم: «إيّاكم إذا وقعت بينكم خصومة أو تدارى فى شىء من الأخذ و العطاء أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بينكم رجلًا قد عرف حلالنا و حرامنا فإنّى قد جعلته عليكم قاضياً، و إيّاكم أن يخاصم بعضكم بعضاً إلى السلطان الجائر». «١»

و الحديث لا غبار عليه من حيث السند فإنّ محمّد بن على بن محبوب الأشعرى ثقة عين فقيه كما قاله النجاشى و أمّا الباقون أعنى أحمد بن محمّد،

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۶.

و الحسين بن سعيد فلم يشكّ فى وثاقتهما أحد و أمّا أبو الجهم فهو أخو زرارة و اسمه بكير بن أعين من أصحاب الصادق عليه السلام و لما بلغه موته قال فى حقّه: أما و الله لقد أنزله الله بين رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم و أمير المؤمنين عليه السلام «۱» و من أحفاده حسن بن الجهم.

ربما يقال: السند بظاهره مخدوش بوجهين:

۱- كيف يصحّ أن يروى حسين بن سعيد الأهوازى عن أبى الجهم المتوفى فى عصر الصادق عليه السلام فإنّ الحسين بن سعيد من أصحاب الإمام الرضا و الجواد و الهادى عليهم السّلام و توفى الإمام الرضا عام ۲۰۳، و الإمام الجواد عام ۲۲۰ و الهادى عام ۲۵۴ فكيف تصحّ روايته عمّن توفى فى عصر الإمام الصادق عليه السلام الذى توفى عام ۱۴۸ ففى السند سقط.

و لكن يمكن أن تستظهر الواسطة من سائر الروايات التى نقل فيها الحسين ابن سعيد عن بكير بواسطة أو بوسائط و إليك أسماءهم:

ا حريز بن عبد الله عن بكير. «۲»

ب ابن أبى عمير عن عمر بن أُذينة عن بكير. «۳»

ج حمّاد بن عيسى عن حريز عن عبد الله عن بكير. «۴»

د صفوان عن عبد الله بن بكير عن أبيه بكير بن أعين. «۵»

ه حمّاد بن عيسى عن عمر بن أُذينة عن بكير. «۶»

و هؤلاء كلّهم ثقات

(۱) الكشى: ۱۸۱.

(۲) التهذيب، ج ۲، ص ۲۵۵، رقم ۱۰۱۲.

(۳) الاستبصار، ج ۱، ص ۶۱، رقم ۱۸۲.

(۴) الاستبصار، ج ۱، ص ۲۴۸، رقم ۸۹۲ و يحتمل أن يكون لفظ «عن» مصحف «بن» فالمراد حريز ابن عبد الله كما يحتمل أن يكون المراد عبد الله بن بكير.

(۵) الاستبصار، ج ۱، ص ۴۳۰، رقم ۱۶۶۰.

(۶) الاستبصار، ج ۲، ص ۲۷۰، رقم ۹۶۰.

و ربّما يتخيّل أنّ المكنّى بأبى الجهم غير «بكير» و أنّ المراد هو «ثوير بن أبى فاختة» و لكنّه لا يذب الإشكال لأنّه من أصحاب السجّاد و الباقر و الصادق و أبوه يروى عن على. و لا طريق للتعيين إلّا التميز عن طريق الراوى عنه، و لو مع الواسطة، و ليس لحسين بن سعيد رواية عن أبى الجهم باسم ثوير بن فاختة، فتعين كون المروى عنه بكيراً.

۲- إنّ سالم بن مكرم (بالفتح و إن كان المعروف على الألسن هو الكسر)، الذى يكنّى بأبى خديجة تارة و أبى سلمة أُخرى و قد كنّاه به أبو عبد الله عليه، اختلفت فيه كلمة الرجاليين.

قال النجاشى بعد ذكر كنيتيه: إنّه ثقة، ثقة روى عن أبى عبد الله و أبى الحسن عليهما السَّلام. «۱»

و قال الكشى: سألت أبا الحسن على بن الحسن عن اسم أبى خديجة قال: سالم بن مكرم فقلت له: ثقة؟ فقال: صالح، ثمّ ذكر أنّ أبا

عبد الله قال له: لا تکنی بأبی خدیجة. قلت: فبم أکتنی؟ قال: بأبی سلمة. «۲»

و عدّه البرقی من أصحاب الصادق علیه السلام قائلًا: أبو خدیجة و یکنی أبا سلمة ابن مکرم.

هؤلاء الأقطاب الثلاثة من علماء الرجال اتفقوا علی أمر و هو:

اتفق الکشی و النجاشی علی أنّه ثقة و صالح.

إنّ أبا سلمة کنیة نفس أبی خدیجة أی سالم، و لیس کنیة لأبیه (مکرم) بل الإمام الصادق علیه السلام کنّاه بأبی سلمة. و علی رأی هؤلاء فهو مقبول الروایة.

و أمّا التضعیف فقد نقله العلّامة عن الشیخ فقال: قال الشیخ إنّه ضعیف

---

(۱) النجاشی: الرجال ۱/ ۴۲۲۴۲۱، برقم ۴۹۹.

(۲) الکشی: الرجال/ ۳۰۱، برقم ۲۰۱.

و قال فی موضوع آخر: إنّه ثقة ثمّ قال: الوجه عندی التوقف. «۱»

و الظاهر أنّ الذی ضعّفه الشیخ غیر الذی وثّقه الکشی و النجاشی و یعلم بالمراجعة إلی عبارته فی کتابی الرجال و الفهرست.

قال فی الأوّل: سالم بن مکرم أبو خدیجة الجمّال الکوفی مولی بنی أسد. «۲»

و قال فی الفهرست: سالم بن مکرم یکنی أبا خدیجة، و مکرم یکنی أبا سلمة ضعیف إلی أن قال فی بیان طریقه إلی کتابه ... عن عبد الرحمن بن أبی هاشم البزاز عن سالم بن أبی سلمة و هو أبو خدیجة. «۳»

تری أنّ الشیخ جعل أبا سلمة کنیة أبیه (مکرم) مع أنّ الأقطاب الثلاثة اتّفقوا علی کونه کنیة لنفس سالم فتخیّل الشیخ أنّ أبا خدیجة، هو سالم بن أبی سلمة الذی ضعّفه ابن الغضائری و النجاشی، قال الأوّل: روی عنه ابنه، لا یعرف روی عنه غیره ضعیف جداً. «۴»

و قال النجاشی: سالم بن أبی سلمة الکندی السجستانی حدیثه لیس بنقی و إن کنّا لا نعرف منه إلّا خیراً له کتاب، ثمّ ذکر سنده إلی الکتاب و انتهی إلی قوله: «حدّثنا محمّد بن سالم بن أبی سلمة عن أبیه بکتابه». «۵»

و الذی دفع الشیخ إلی تضعیفه تصوره اتحادهما، و أنّ سالم بن مکرم هو سالم ابن أبی سلمة الذی اتفقوا علی ضعفه.

فأصبحت الروایة بحمد الله صالحة للاستناد.

---

(۱) الخلاصة: القسم الثانی: ۲۲۷. سیوافیک تنصیص الشیخ فی الفهرست علی الضعف.

(۲) الطوسی: الرجال/ ۲۰۹. باب السین، برقم ۱۱۶.

(۳) الفهرست: ۱۰۵، برقم ۳۳۹.

(۴) العلّامة: الخلاصة، القسم الثانی: ۲۲۸، برقم ۴ فی باب سالم.

(۵) النجاشی: ۱/ ۴۲۷، برقم ۵۰۷.

هذا کله حول السند

و أمّا دراسة المتن فالظاهر من قوله: «عرف» هو المعرفة الفعلیة لکون مبادی الأفعال ظاهرة فیها، و قوله: «حلالنا و حرامنا» ظاهر فی العموم و لو لم یصح حمله علی الاستغراق العقلی لأجل عدم کون الرواة فی ذلک الزمان عارفین بجمیع الأحکام، فلا محیص عن حمله علی الاستغراق العرفی فیکون الموضوع هو العارف بالحلال و الحرام فعلًا، علی حدّ یقال فی حقّه قد عرف حلالنا و حرامنا، و

بما أنّ مادّة العرفان تستعمل فى الموارد التى تشتبه فى أوّل الأمر ثمّ يقف الإنسان على الصحيح، فالمراد منه من له قوّة عرفان الحقّ عن الباطل و من يعرف من بين المشتبهات، الحقّ عن الباطل، و الحلال عن الحرام و هو يعادل صاحب النظر فلا يعم المقلّد.

و أمّا شموله للمجتهد المتجزئ فسيوافيك الكلام فيه.

الثالثة: مشهورة أبى خديجة الأخرى

روى الصدوق فى الفقيه بإسناده عن أحمد بن عائذ أبى حبيب الأحمسى البجلى الثقة، عن أبى خديجة سالم بن مكرم الجمّال قال: قال أبو عبد الله جعفر بن محمد الصادق عليهما السّلام: «إيّاكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فإنّى قد جعلته عليكم قاضياً فتحاكموا إليه». «۱» و رواه فى الكافى غير أنّه قال: مكان (قضايانا) قضائنا. ۲

و الرواية صحيحة و سند الصدوق إلى أحمد بن عائذ فى الفقيه بالشكل التالى: عن أبى، عن سعد بن عبد الله، عن أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن على

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۵.

الوشّاء، عن أحمد بن عائذ. «۱» و الكل غير أحمد من أجلاء الأصحاب و عيونهم و أمّا أحمد فيكفى فى وثاقته قول النجاشى فى حقّه: «مولى ثقة كان صحب أبا خديجة سالم بن مكرم و أخذ عنه و عرف به». «۲» و لا- يشك فى وثاقة الحسن بن على الوشاء إلّا غير العارف بأساليب التوثيق فى علم الرجال فإنّه و إن لم يصرّح بوثاقته و لكن جاء فى ترجمته ما يفيد أنّه كان فى الدرجة العالية منها و هذا النجاشى يعرفه: «بأنّه من وجوه هذه الطائفة». و قد قلنا فى كتابنا «كليّات فى علم الرجال» أنّ هذا النوع من التعابير، يفيد أنّه فى الدرجة العالية من الوثاقة.

ثمّ إنّه يستدلّ بها تارة على شرطية الاجتهاد، و أُخرى على كفاية التجزى فى الاجتهاد.

أمّا الأوّل فهو مبنى على كون المقلّد جاهلًا لا عالماً و لو لا كونه كذلك لما وجب عليه الرجوع إلى العالم، أو تفسير العلم بالاعتقاد الجازم و المقلّد يفقده.

و كلا- الوجهين غير تامّين، أمّا الأوّل فلأنّا نمنع كونه جاهلًا بعد الرجوع إلى العالم، و أمّا الثانى، فلأنّه مبنى على تفسير العلم بالاعتقاد الجازم مع أنّه فى لسان الأئمّة بمعنى الحجّة و المقلّد بعد الرجوع إلى العالم واجد له و الحاصل أنّ استظهار شرطية الاجتهاد من الرواية مشكل.

نعم صدور هذا المتن بعد احتمال اتحاد الروايتين مشكوك، فلا يمكن الاستناد إليه بعد اختلافهما فى شرطيّة الاجتهاد و عدمها و الحاصل: لمّا كان المتن مشكوك الصدور فهى غير صالحة للاحتجاج لا فى المقام (شرطية الاجتهاد و عدم كفاية التقليد) و لا فى المقام الآتى اعنى كفاية الاجتهاد غير المطلق، و أمّا الثانى فسيوافيك فى محلّه.

---

(۱) الفقيه: ۴، قسم المشيخة، ص ۱۲۵.

(۲) النجاشى: الرجال ۱/ ۲۴۹ برقم ۲۶۴.

الرابعة: التوقيع الرفيع

التوقیع الرفیع الذی رواه الصدوق فی کمال الدین، عن محمّد بن محمّد بن عصام، عن محمّد بن یعقوب، عن اسحاق بن یعقوب قال: سألت محمّد بن عثمان العمری أن یوصل لی کتاباً قد سألت فیه عن مسائل أشکلت علیّ فورد التوقیع بخطّ مولانا صاحب الزمان علیه السلام: «أمّا ما سألت عنه أرشدک الله و ثبّتک إلی أن قال: و أمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فیها إلی رواة حدیثنا فإنّهم حجتی علیکم و أنا حجّة الله». «۱»

و الاحتجاج رهن دراسة الحدیث سنداً و متناً.

أمّا محمّد بن محمّد بن عصام، فهو أیضاً «کلینی» و من مشایخ الصدوق کما هو ظاهره فی کتاب کمال الدین، و قال فی مشیخة الفقیه: و ما کان فیه عن محمّد بن یعقوب الکلینی فقد رویته عن محمّد بن محمّد بن عصام الکلینی، و علی بن أحمد ابن موسی، و محمد بن أحمد الشیبانی رضی الله عنهم «۲» و اعتماد الصدوق و الترضیة علیه لعلّه یعرب عن کونه ثقة عنده. و لیس له فی کتب الرجال عنوان سوی هذا.

و أمّا إسحاق بن یعقوب، فهو أخو الکلینی و قد ورد السلام علیه فی التوقیع بلفظ «و السلام علیک یا إسحاق بن یعقوب الکلینی» «۳» و التسلیم و إن کان لا یدل علی شیء لأنّ الراوی هو نفسه لکن القرائن تشهد علی الاعتماد علیه و التوقیع الذی یرویه.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۹.

(۲) الفقیه: ۴، قسم المشیخة، ص ۱۱۶ ط دار الکتب الاسلامیة و فیه «السنائی» مکان الشیبانی.

(۳) الطوسی: الغیبة ۱۷۶، کمال الدین: ۲/ ۴۸۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۷۸

و أمّا المضمون ففیه احتمالات:

۱- المراد من الحوادث، ما یرجع فیه إلی الحکّام و القضاة کأموال الغُیَّب و القُصَّر.

۲- ما یتفق من المسائل التی لا یعلمون حکمها حیث کانوا یرجعون إلی الأئمّة فنص الإمام بلزوم الرجوع إلی الرواة.

۳- حوادث خارجیة معیّنة اتّفقت فی تلک الأیام لا تعلم خصوصیاتها.

و الثالث ضعیف فیدور الأمر بین الأوّلین و الاستدلال متوقّف علی کون المراد ما یرجع فیه إلی الحکّام و القضاة نعم علی فرض الثبوت لم تکن الرواة یوم ذاک أشخاصاً عادیین بل کانوا ممارسین للأحادیث و بالتالی کانوا علماء و لأجل ذلک استأهلوا أن یکونوا حجج الإمام علیه السلام.

الخامسة: مرسلة الحرّانی

روی أبو محمّد الحسن بن شعبة الحرّانی فی کتابه «تحف العقول عن آل الرسول» عن الإمام السبط الشهید الحسین بن علی علیهما السَّلام قال: و یروی عن أمیر المؤمنین و مضمون الخطبة بأجمعها یدل علی أنّها ألقیت فی عصر السبط و ممّا جاء فیها قوله: «... و قد ترون عهود الله منقوضة فلا تفزعون، و أنتم لبعض ذمم آباءکم تفزعون، و ذمة رسول الله محقورة، و العُمْی و البُکْم و الزمنی فی المدائن مهملة لا تُرحمون، و لا فی منزلتکم تعلمون، و لا من عمل فیها تعینون، و بالادّهانِ و المصانعة عند الظلمة تأمنون، کل ذلک مما أمرکم الله به من النَّهی و التناهی و أنتم عنه غافلون.

و أنتم أعظم الناس مصیبة لما غُلِبْتُم علیه من منازل العلماء لو کنتم تشعرون، ذلک بأنّ مجاری الأُمور و الأحکام علی أیدی العلماء بالله، الأُمناء علی

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۷۹

حلاله و حرامه، فأنتم المسلوبون تلک المنزلة و ما سُلِبتم ذلک إلّا بتفرقکم عن الحق، و اختلافکم فی السنّة بعد البیّنة الواضحة». «۱»

و ملاحظة مجموع الکلام من أوّله إلی آخره یثبت أنّ المراد من الأُمور، فی قوله: «مجاری الأُمور» هو ما کان یقوم به الخلفاء بعد رسول الله فی قیادة الأُمّة و أنّ الإمام یُندِّد بهم و بأعمالهم و یقول: إنّ هذه الأُمور شأن طبقة خاصة و هم: العلماء بالله، الأُمناء علی حلاله و حرامه، و المراد من العالم بالله، من درس التوحید: الذاتی و الصفاتی و الأفعالی حتی صار عالماً به، و شرب من منهل العلم و أملأت قلبه الخشیة و الخوف قال سبحانه: (إِنَّمَا یَخْشَی اللّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ) (فاطر / ۲۸) فصار أمیناً علی حلاله و حرامه، و لا ینطبق ذلک إلّا علی الأقل من الطبقة من العلماء فضلًا عن المقلّد.

سؤال و إجابة

إنّ دلالة هذه الروایات علی لزوم اتصاف القاضی بکونه حاکماً بالکتاب و السنّة، و قاضیاً بما یفهمه من الأدلّة، واضحة فلا یشمل العناوین الواردة فیها المقلِّد، لکن هنا سؤال و هو عدم وجود الاجتهاد الرائج، فی عصر الأئمّة و أقصی ما یدلّ علیه ما سبق من الأدلّة، کون القاضی صادراً عن الکتاب و السنّة، و أمّا کونه مستنبطاً فلا و عندئذ یصبح نفوذ قضاء المجتهد بالمعنی الاصطلاحی بلا دلیل.

و الإجابة عنه واضحة، لأنّ ما هو الشرط هو الصدور عن الأدلّة الشرعیة، و القضاة فی ذلک العصر، و المجتهدون فی أعصارنا کلهم یصدرون عنهما، غیر أنّ فهم المصدرین الرئیسیین و الصدور عنهما کان فی ذلک الزمان قلیل المؤنة لکنّه أصبح فی عصرنا کثیرها و لیس بین العملین فرق جوهری إلّا ببذل الجهد القلیل،

---

(۱) الحرّانی: تحف العقول: ۲۳۸. ط النشر الإسلامی.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۸۰

و الکثیر و قد أوضحنا حاله فی رسالتنا فی الاجتهاد و التقلید، و أمّا المقلّد فلیس یصدر عن الکتاب و السنّة و إن کان ینتهی إلیهما نهایة لکنّ المراد الصدور عنهما بالمباشرة و ستوافیک زیادة توضیح لهذا الجواب عند البحث عن تصدّی المقلّد مهمّة القضاء، فانتظر.

و ربّما یظهر من بعضهم التفرقة بین ما یصدر القاضی فی قضائه عن الکتاب و السنّة، و ما یصدر عن الأُصول العقلیة کالبراءة العقلیة أو التخییر العقلی بین المحذورین أو المتزاحمین و الإجماعات المنقولة و الشهرات المحکیة فإنّه لا یصدق فیها الحکم بحکمهم ...

یلاحظ علیه: أنّ المراد الصدور عن حجّة شرعیة و الکل من مصادیقها و ذکر الکتاب و السنّة لأجل أنّهما من الحجج الشرعیة.

فی صلاحیة المتجزئ لممارسة القضاء

قد عرفت أنّ لسان الأکثر ناظر إلی شرطیة الاجتهاد المطلق أی وجود القدرة علی استخراج الحکم من الکتاب و السنّة فی کل ما یرجع إلیه و شمول ذلک للمتجزی بعید جدّاً. نعم لو بلغ المتجزی مرتبة یستطیع معها، علی استنباط أحکام کثیرة و إن کان لا یستطیع استنباط جمیعها، فلا یبعد صدق العناوین الماضیة علیه أعنی:

۱- «نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف أحکامنا» فی مقبولة عمر بن حنظلة.

۲- «قد عرف حلالنا و حرامنا ...» فی المشهورة الأُولی لأبی خدیجة.

۳- «فارجعوا إلی رواة أحادیثنا» فی التوقیع الرفیع عن صاحب الزمان علیه السلام.

۴- «مجاری الأُمور بید العلماء بالله، الأُمناء علی حلاله و حرامه» فی الکلام المنسوب إلی السبط الشهید.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۸۱

فإنّ هذه العناوين صادقة لمرتبة خاصة من التجزى فلا يشترط الاجتهاد المطلق، و يؤيد ذلك أمور:

١- إنّ القضاة التى كانت الشيعة تفزع إليهم فى تلك الأيام، لم يكونوا إلّا فى هذه الدرجة من العلم و العرفان، و لم يكن لهم معرفة فعلية لجميع الأحكام، لتفرّق الروايات بين الرواة، و عدم وجود جامع بين الحكّام حتى يكونوا متدرعين بالعلم بجميع الأحكام.

٢- كان الأمر فى عصر النبىّ و الوصىّ عليهما السَّلام أيضاً كذلك فقد بعث النبى معاذاً، إلى الجبل و قال له: «كيف تقضى إذا عرض لك القضاء؟» قال: أقضى بكتاب الله قال: «فإن لم تجد فى كتاب؟»، قال: بسنّة رسول الله ... «١» أ تظن أنّ معاذاً كان مسلّطاً على جميع الأحكام المشرّعة إلى يوم ذاك.

٣- كتب الإمام إلى واليه مالك الأشتر فى عهده و قال: «ثمّ اختر للحكم بين الناس أفضل رعيّتك فى نفسك ممن لا تضيق به الأُمور و لا تمحكه الخصوم إلى أن قال: و أوقفهم فى الشبهات و آخذهم بالحجج». «٢» و هل كانت مصر فى ذلك اليوم تطفح بفقهاء و مجتهدين عارفين جميع الأحكام الشرعية، و إنّما كانوا يحفظون من الكتاب و السنّة و عمل الصحابة أشياء يقضون به و لو كان الاجتهاد المطلق شرطاً، لعطّل باب القضاء فى مصر.

نعم كلّما تقدّمت الحضارة الإسلامية، و تفتحت العقول و ازداد العلماء علماً و فهماً، تسنَّم منصَّة القضاء من له خبروية كاملة فى الفقه، و علم بحدود الشريعة علماً محيطاً، و لم يكن ذلك بوازع دينى، بل كان نتيجة سير العلم و تقدّم الثقافة.

نعم قد أخذ القضاء فى عصرنا لوناً فنِّياً، و صار عملًا يحتاج إلى التدريب و التمرين فلا مناص عن إشراف قاض مدرّب و مجرّب على عمل القضاة المتجزءين

---

(١) الجزرى: جامع الأُصول: ١٠/ ٥٥١.

(٢) نهج البلاغة، قسم الرسائل، برقم ٥٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج‌١، ص: ٨٢

فى الاجتهاد، حتى يحصل لهم قدم راسخ فى مجال القضاء.

الاستدلال على كفاية التجزى برواية أبى خديجة الثانية

و ربّما يستدل على كفاية التجزى، بمشهورة أبى خديجة الثانية الماضية حيث قال: «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فإنّى قد جعلته عليكم قاضياً». «١»

و لكن خطورة الموقف و معضلة بعض المسائل كتعيين المدّعى و المنكر فى بعض الموارد و صحّة القضاء بالنكول أو بعد ردّ اليمين أو غير ذلك من المسائل المهمّة تدفعنا إلى تفسير الحديث بالمتجزى الممارس للفقه مدّة لا يستهان بها و إن لم يبلغ مرتبة الاجتهاد المطلق.

على أنّه يحتمل اتحاد الحديثين المختلفين فى اللسان، إذ أحد اللسانين (عرف أحكامنا) يطلب للقضاء مرتبة عليا من التجزى بخلاف اللسان الآخر (يعلم شيئاً من قضايانا) و بما أنّ الصادر مردّد بين الأمرين نأخذ بالقدر المتيقّن و هو المرتبة العليا من التجزى و تبقى المرتبة الدانية تحت الأصل الأوّلى و هو المنع، و لو لا هذا الأصل لانقلب الأمر إلى العكس، أى نأخذ بالأقل فى مقام الشرطية دون الأكثر، بإجراء البراءة من شرطية المرتبة العلياء فتدبّر.

ثمّ إنّه ربّما استشكل على الاستدلال بها على كفاية المتجزئ بالنحو التالى:

١- إنّ القلّة المستفادة فى قوله: «شيئاً» إنّما هو بالنسبة إلى علومهم و إن كان كثيراً فى حدّ نفسه. «٢»

يلاحظ عليه: أنّه خلاف المتبادر، فإنّها وردت فى مجال ردع الشيعة عن

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۵.

(۲) مبانی تکملة المنهاج: ۱، ص ۸.

الرجوع إلی غیرهم و عندئذ یخاطب الإمام شیعته بأنّه یکفیهم أن یرجعوا إلی من یعلم شیئاً من قضایاهم. و عند ذلک یناسب جعل الملاک هو نفس علم الراوی قلّة و کثرة، لا علم الإمام کما لو قال إنسان ناصح مشفق لأخیه: إذا لم تستطع علی العمل الکبیر فعلیک بما فی وسعک، فکأنّ الإمام علیه السلام یقول: إذا فاتکم الرجوع إلی هؤلاء الحکّام لأخذ الحقوق، فلا یفوتنّکم الرجوع إلی عالم شیعی یعلم شیئاً من قضایانا.

۲- إنّ الروایة ناظرة إلی القاضی الذی اختاره الطرفان لفصل الخصومة، فلو دلّت علی کفایة التجزی فإنّما تدل فی مورد قاضی التحکیم لا- المنصوب ابتداء و ذلک لأنّه فرّع قوله: «فإنّی قد جعلته قاضیاً إلی قوله فاجعلوه بینکم» فتکون النتیجة کفایة التجزی فی قاضی التحکیم لا المنصوب. «۱»

یلاحظ علیه: بأنّه لیس الهدف من قوله علیه السلام: «فاجعلوه بینکم» کونه قاضیاً مجعولًا من قبل المتخاصمین حتی تختصّ الروایة به بل هو یهدف إلی معنی آخر. و ذلک لأنّ القاضی المنصوب من قبل السلطة و الدولة ینفذ حکمه مطلقاً سواء أرضی الطرفان بحکمه أم لا، بخلاف القاضی الذی یرجع إلیه المتخاصمان من الشیعة، فلا یمکن نفوذ حکمه إلّا بتحقق رضا الطرفین به، لا أنّ لرضائهما به مدخلیة فی الحکم و الجعل بل لأنّ التنفیذ فرع الرضا و بعبارة أُخری؛ إنّ الإمام نصب کل من یعلم شیئاً من قضایاهم للحکم و القضاء و لکن تحقق الغایة رهن رضا الطرفین بحکمه و خضوعهما له. بعد عدم قوّة تقهر المتخاصمین علی القبول. و لأجل ذلک قدّم قوله: «فاجعلوه بینکم» و هو لازم الظروف التی وردت فیها الروایة.

***

(۱) مبانی تکملة المنهاج: ۱/ ۸.

المقلِّد و منصَّة القضاء

اشارة

تمّ الکلام فی نفوذ قضاء المجتهد، مطلقاً کان اجتهاده، أو غیر مطلق و حان حینُ البحث عن قضاء المقلِّد فنقول:

تصدی المقلِّد لمهمة القضاء یتصوّر علی وجوه أربعة:

۱- أن یستقلّ بالحکم و القضاء.

۲- أن یکون منصوباً من جانب المجتهد و عندئذ یقع الکلام فی جواز نصبه للقضاء و عدمه.

۳- أن یکون وکیلًا عن المجتهد، و الفرق بین النصب و الوکالة واضح، فإنّ النصب مستند إلی سعة ولایة المجتهد حتی بالنسبة إلی نصب العامی للقضاء و أمّا التوکیل، فلیس التوکیل فی المقام إلّا کالتوکیل فی سائر الأُمور.

و بعبارة أُخری: انّ عمل العامی مع النصب، عمل نفسه، لا عمل الناصب، بخلاف الوکیل فإنّ عمله، عمل الموکّل.

۴- أن یتصدی للقضاء عند الاضطرار و عدم التمکّن من الرجوع إلی المجتهد.

و إلیک الکلام فی هذه الوجوه واحداً تلو الآخر:

أ- استقلال المقلّد فی القضاء

اشارة

مقتضـی الأصل الأوّلی هو المنع و لم یخرج منه إلّا المجتهد بکلا قسـمیه، و القول بجواز اسـتقلاله یحتاج إلی دلیل خصوصاً إذا کانت هناک شـبهة حکمیة و لا یدری أنّ مجراها أصل البراءة أو الاحتیاط أو مقتضـی الاستصحاب أو إذا کان تشخیص المدّعی عن المنکر أمراً عویصاً متوقفاً علی إعمال قواعد حسب ما

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۸۵

قالوا، فإنّ القیام بحلّ هـذه الأُمور العویصـة خارج عن طاقـة المقلّـد، إلّا إذا تربّی تحت ید قاض مدّة لا یسـتهان بها، و شاهد القضایا و وقف علی حکمهـا من کثب و عرف حکم الأمثـال و الأضـداد و هو قلیـل جـدّاً و مع ذلک، فقـد اسـتدل علی جواز اسـتقلاله بالقضاء بالوجوه التالیة:

۱- إطلاق أدلّة الأمر بالمعروف

إذا کـان القضـاء من شـعب الأـمر بالمعروف و النهی عن المنکر، فتکفی فی جواز تصـدیه، إطلاقات أدلّتهما نظیر قوله: (وَ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِیَاءُ بَعْضٍ یَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ یَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْکَرِ) (التوبة/ ۷۱).

یلاحظ علیه: أنّ مورد أدلّتهما، هو الدعوة إلی التکلیف الثابت للمکلّف مع قطع النظر عن قضاء القاضـی، کما إذا رأی إنساناً یغتاب أو یکذب أو یظلم و هذا هو الذی یجب علی المؤمن و المؤمنة تحت شرائط، و أمّا التکلیف الذی یقتضیه حکم القاضی بحیث لولاه، لما کان هناک تکلیف، فلا تشـمله الأدلّة العامّة للأمر بالمعروف مثلًا إذا اختلف العامل و المالک فقال الأوّل: رددت رأس المال، و أنکره المالـک فلیس هنـا أی تکلیف متوجه إلی العامـل بعـد ادعـاء ردّ المـال و إنّمـا یتوجه إلیه التکلیف بـالردّ، بعـد قضـائه بأنّ القول قول المالک مع حلفه، فعندئذ یتوجّه علیه تکلیف بالرّد، بعد ما لم یکن أیّ تکلیف قبل القضاء فمثل هذا لیس مشمولًا لأدلّتهما.

و إن شـئت قلت: إنّ مورد أدلّتهما ما إذا اتفقا الآمر و المأمور علی وجود التکلیف فیقوم أحدهما بالدعوة لاما إذا أنکر أحدهما أصـل التکلیف، کما هو الحال قبل القضاء.

۲- إطلاق الحکم بالحقّ و العدل

اشارة

إنّ المستفاد من الکتاب و السنّة صحّة الحکم بالحقّ و العدل و القسط من

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۸۶

کـل المکلّفین، قـال الله تعـالی: (إِنَّ اللَّهَ یَأْمُرُکُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَی أَهْلِهَا وَ إِذَا حَکَمْتُمْ بَیْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْکُمُوا بِالْعَدْلِ) (النساء/ ۵۸).

(یَا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا کُونُوا قَوَّامِینَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَ لَا یَجْرِمَنَّکُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَی أَلَّا تَعْدِلُوا) (المائدة/ ۸).

(یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا کُونُوا قَوّامِینَ بِالْقِسْطِ شُهَداءَ لِلّهِ وَ لَوْ عَلی أَنْفُسِکُمْ أَوِ الْوالِدَیْنِ وَ الْأَقْرَبِینَ إِنْ یَکُنْ غَنِیًّا أَوْ فَقِیراً فَاللّهُ أَوْلی بِهِما فَلا تَتَّبِعُوا الْهَوی أَنْ تَعْدِلُوا وَ إِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللّهَ کانَ بِما تَعْمَلُونَ خَبِیراً) (النساء/ ۱۳۵).

و مفهوم قوله تعالی: (وَ مَنْ لَمْ یَحْکُمْ بِما أَنْزَلَ اللّهُ فَأُولئِکَ هُمُ الْفاسِقُونَ) (المائدة/ ۴۷) و فی أُخری (... هُمُ الْکافِرُونَ) (المائدة/ ۴۴) إلی غیر ذلک من الآیات الکریمة.

و قال الصادق علیه السلام: «القضاة أربعة: ثلاثة فی النار و واحد فی الجنّة: رجل قضی بجور و هو یعلم فهو فی النار، و رجل قضی بجور و هو لا یعلم فهو فی النار، و رجل قضی بالحقّ و هو لا یعلم، فهو فی النار، و رجل قضی بالحقّ و هو یعلم فهو فی الجنّة». «۱»

و قال: «الحکم حکمان: حکم الله و حکم أهل الجاهلیة، فمن أخطأ حکم الله حکم بحکم الجاهلیة». ۲

۳- و قال أبو جعفر علیه السلام: «الحکم حکمان: حکم الله عزّ و جلّ و حکم أهل الجاهلیة، و قد قال الله عزّ و جلّ: (وَ مَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللّهِ حُکْماً لِقَوْمٍ یُوقِنُونَ) (المائدة/ ۵۰) و أشهد علی زید بن ثابت لقد حکم فی الفرائض بحکم الجاهلیة». ۳

إلی غیر ذلک من النصوص البالغة بالتعاضد أعلی مراتب القطع الدالّة علی

---

(۱) ۱ و ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۶، ۷، ۸.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۸۷

أنّ المدار الحکم بالحقّ الذی هو عند محمّد و أهل بیته صلوات الله علیهم و أنّه لا ریب فی اندراج من سمع منهم علیهم السَّلام أحکاماً خاصّة مثلًا و حکم بها بین الناس فیها و إن لم تکن له مرتبة الاجتهاد.

یلاحظ علی الجمیع:

أنّ الآیات و الروایات لیست بصدد بیان شرائط الحاکم و خصوصیاته حتی یتمسّک بإطلاقها و إنّما هی بصدد بیان أمر آخر.

فالآیة الأُولی و الثانیة بصدد بیان خصوصیات الحکم و أنّه یجب أن یکون حکماً بالعدل و قضاءً بالقسط و أن لا یخاف الحاکم من شنئان قوم فیحکم علی خلافهما و أین هما من بیان خصوصیات الحاکم حتی یتمسّک بإطلاقهما؟!

و منه یظهر الجواب عن الاستدلال بالآیة الثالثة فإنّها بصدد النهی عن القضاء بغیر ما أنزل الله، لا بصدد بیان خصوصیات الحاکم.

و مثل الآیات، تقسیم القضاة إلی أربعة، أو تقسیم الحکم إلی حکمین، فإنّ الجمیع بصدد سوق المجتمع إلی القضاء بحکم الله لا بحکم الجاهلیة و لیس بصدد بیان شرائط الحاکم من کونه رجلًا أو امرأة، مسلماً أو کافراً، سمیعاً و بصیراً و الاستدلال بالجمیع غفلة عن شرائط انعقاد الإطلاق فإنّ التمسک به فی المقام نظیر تمسّک بعضهم بإطلاق قوله سبحانه: (فَکُلُوا مِمّا أَمْسَکْنَ عَلَیْکُمْ) (المائدة/ ۴) علی أنّه یجوز الأکل ممّا أمسک الجوارح بالأنیاب بلا لزوم غسل مواضعها، مع أنّ الآیة بصدد بیان شیء آخر و هو حلّیة ما أمسکته و أنّه من الطیّبات لا من المحرّمات و أمّا أنّه هل یؤکل مطلقاً أو بعد الغَسْل فلیس بصدد بیانه حتّی یتمسّک بإطلاقه.

و هناک وجه آخر و هو أنّ الآیات و الروایات بمعزل عن باب القضاء، لأنّ المراد من الحقّ، هو الحقّ فی الشبهات الحکمیة، و الحقّ فی باب القضاء یرجع إلی

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۸۸

الحقّ فی الشبهات الموضوعیة غالباً کما لا یخفی.

۳- الاستدلال بإطلاق حدیث الحلبی

قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام: ربّما کان بین الرجلین من أصحابنا المنازعة فی الشیء فیتراضیان برجل منّا فقال: لیس هو ذاک

إنّما هو الذى يجبر الناس على حكمه بالسيف و السوط. «١»

و الاستدلال موهون جدّاً لعدم كون الإمام بصدد بيان شرائط القاضى حتى يتمسّك بإطلاق لفظ «رجل» و إنّما هو بصدد الفصل بين القاضيين و أنّه لا يجوز الرجوع إلى قضاة العامّة بل يجب الرجوع إلى قضاة الشيعة و أمّا ما هو صفاتهم و خصوصياتهم فليس الصحيح بصدد بيانه.

۴- صحيح أبى خديجة

قال: قال أبو عبد الله جعفر بن محمّد عليه السلام إيّاكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم .... «٢»

و قد أُجيب عن الاستدلال بهذه الرواية على قضاء المقلّد بوجوه نأتى بها:

أ انّ الوارد فيها لفظ العلم و هو لا يشمل المقلّد لأنّ العلم عبارة عن الاعتقاد الجازم المطابق للواقع، و المقلِّد فاقد له.

يلاحظ عليه: أنّه خلط بين العلم المصطلح عليه فى علم المنطق، و العلم الوارد فى الكتاب و السنّة و المراد من الأوّل ما ذكر فى كلامه، و المراد به فى الحديث من هو ما قامت عليه الحجّة و إلّا لزم عدم صحّة قضاء المجتهد لعدم علمه

---

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٨.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٨٩

بالواقع، و العلم بالحكم الظاهرى مشترك بين المجتهد و المقلِّد.

ب انّ الرواية محمولة على صورة الاضطرار و عدم التمكّن ممن يعرف الأحكام عن أدلّتها التفصيلية، و بما أنّ الشيعة كانت متفرقة آنذاك فى بلاد نائية، و لم يكن فى كل بلد و كورة، من يعرفها بالدليل، اكتفى صاحب الشريعة بمن يعلم شيئاً من الأقضية حتّى يصدّ بذلك باب الرجوع إلى أبواب الطواغيت.

يلاحظ عليه: بأنّه حمل تبرعى لا دليل عليه و ليس فى الرواية ما يحكى عن كونها واردة فى صورة الاضطرار، نعم هو احتمال فى الحديث.

ج إنّ العلم بشىء من قضاياهم مختصّ بالفقيه أو منصرف إليه، لأنّ العامى إمّا أن يتّكل إلى فتوى الفقيه فى القضاء فلا يصدق أنّه يعلم شيئاً من قضاياهم بل هو يعلم فتوى الفقيه و هو طريق إلى حكم الله. و إمّا أن يتّكل بإخبار الفقيه بقضاياهم و هذا غير جائز لأنّه لا يزيد عن رواية مرسلة غير جائزة العمل، إلّا بعد الفحص عن الجهات الأربعة: الصدور، و الدلالة، وجهة الصدور، و عدم المعارض و أنّى للمقلّد هذا.

يلاحظ عليه: أنّا نختار الشقّ الأوّل، و هو الأخذ بإفتاء الفقيه لكنّه عند المقلّد هو حكم الإمام و قضائه، خصوصاً إذا كان الإفتاء بلفظ الحديث، كما فى الفقيه و النهاية، و الإفتاء و إن كان غير التحديث، و الأوّل مشتمل على إعمال النظر، دون الثانى لكنّه لدى العرف، يعكس حكم الكتاب و السنّة و حلال الأئمّة و حرامهم.

و الحق فى الإجابة أن يقال: إنّ الصادر من الإمام مردّد بين ما نقل و بين ما جاء فى روايته الأُخرى التى جاء فيها: «اجعلوا بينكم رجلًا قد عرف حلالنا و حرامنا فإنّى قد جعلته عليكم قاضياً» «١» و قد عرفت أنّ لفظ «العرفان» لا يستعمل

---

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۹۰

إلّا إذا كان هناك اشتباه يعقّبه التميز و هو لا يصدق إلّا فى حقّ الفقيه لا المقلّد المحض. و لمّا تردّد لفظ النص بين ما يصح الاستدلال به و ما لا يصح، يسقط الاستدلال بها.

و بعبارة أُخرى لمّا تردّد بين كون الخارج عن تحت الأصل خصوص المجتهد و لو كان متجزئاً أو مطلق من يعلم شيئاً، فيؤخذ بالقدر المتيقن فى مقام الخروج. و هو الأوّل و قد مرّ توضيحه أيضاً.

۵- الاستدلال بخبر محمّد بن حفص

قد يستدل بخبر محمّد بن حفص «۱» عن عبد الله بن طلحة «۲» عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل سارق دخل على امرأة ليسرق متاعها فلمّا جمع الثّياب تابعته نفسه فكابرها على نفسها فواقعها [فتحرّك ابنها فقام فقتله بفاس كان معه] فلما فرغ حمل الثياب و ذهب ليخرج، حملت عليه بالفاس فقتلته. فجاء أهله يطلبون بدمه من الغد. فقال أبو عبد الله عليه السلام: «اقض على هذا كما وصفتُ لك فقال: يضمن مواليه الذين طلبوا بدمه، دية الغلام، و يضمن السارق فيما ترك أربعة آلاف درهم بمكابرتها على فرجها إنّه زان و هو فى ماله عزيمة و ليس عليها فى قتلها إيّاه شيء [لأنّه سارق] قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: من كابر امرأة ليفجر بها فقتلته فلا دية له و لا «۳» قود».

يلاحظ عليه: أوّلا: أنّ ضمان الموالى، دية الغلام على خلاف القاعدة و على فرض كونهم عاقلة، إنما تضمن الدية فى مورد الخطأ لا فى مورد العمد.

و ثانياً: أنّه من المحتمل أن يكون كلامه هذا: «اقض على هذا كما وصفت»

---

(۱) محمد بن حفص بن خارجة مجهول لم يعنون فى كتب الرجال غير التنقيح.

(۲) هو الهندى الكوفى لم يذكر فى حقّه توثيق و لا مدح.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۹، الباب ۲۳، من أبواب قصاص النفس، الحديث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۹۱

أشبه بالمشاكلة لا الحقيقة و أنّ المراد بيان الحكم الشرعى للمسألة.

و ثالثاً: يحتمل كون ابن طلحة ممن كان ينطبق عليه المقياس الوارد فى المقبولة.

رابعاً: أنّه يصح الاستدلال بها على صورة النصب أو الوكالة و الثانية أظهر من النصب، لا على التصدى على وجه الاستقلال.

۶- الاستدلال بالسيرة

إنّ الموجودين فى زمن النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم ممن أمر بالترافع إليهم كانوا قاصرين عن مرتبة الاجتهاد و كانوا يقضون بين الناس بما سمعوه من النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم فدعوى قصور من علم جملة من الأحكام مشافهة أو بتقليد لمجتهد، عن منصب القضاء بما علمه، خالية عن الدليل. «۱»

و أجاب عنه المحقّق الآشتيانى بأنّ الشرط الواقعى هو العلم بالأحكام لا الاجتهاد فالمنصوبون من قبل الأئمّة كانوا يعلمون الأحكام و إن كانوا غير مجتهدين و أمّا زماننا هذا فالعلم فيه لا يحصل إلّا بالاجتهاد فليس للاجتهاد موضوعية إلّا كونه طريقاً إلى العلم بالأحكام و هو كان حاصلا للمنصوبين يوم ذاك دون مقلدى أعصارنا «۲» و حاصله: أنّ الميزان، هو العلم بالأحكام، لا الاجتهاد، و العامى فى السابق كان عالماً بالأحكام بخلاف العامى فى أعصارنا.

یلاحظ علیه: أنّه إن أراد، من العلم، العلم بالأحکام الواقعیة فهو لم یکن حاصلًا یوم ذاک للمنصوبین و لا- للمجتهدین فی الأعصار المتأخرة ضرورة أنّ أصحاب الأئمّة ربّما کانوا یأخذون الأحکام عن أصحابهم، و قد کانوا مبتلین بالأخبار المتعارضة و الصادرة عنهم تقیة إلی غیر ذلک ممّا لا یوجب العلم بالحکم الواقعی، و مثله المجتهد، فإنّ ما یحصله أحکام قامت علیها الحجّة لا أنّها أحکام

---

(۱) الجواهر الجزء ۴۰/ ۱۶۱۵.

(۲) الآشتیانی: کتاب القضاء، ص ۹

واقعیة.

و إن أراد الأعمّ من الحکم الواقعی، فهو حاصل لمقلدی عصرنا.

و الأولی أن یقال: إنّه لو کان الموضوع لنفوذ القضاء هو المجتهد أو من له قوّة الاستنباط فیتّجه الإشکال و أمّا لو قلنا بأنّ الموضوع له هو من روی حدیثهم، و نظر فی حلالهم و حرامهم و عرف أحکامهم. فهو کان صادقاً علی قضاة عصر الرسول و من بعده. کما کان صادقاً علی المتربّین علی أیدی الأئمة من المحدّثین و الفقهاء لاتصالهم بالمعصومین، و سماعهم منهم أو عمّن سمع منهم، و أمّا فی عصرنا هذا فلا یصدق إلّا علی من له قوّة الاستنباط حتّی یبذل الجهد بالتتبع فی الروایات و ینظر فی حلالهم و حرامهم و یعرف نهایة أحکامهم فالموضوع لنفوذ القضاء واحد فی جمیع الأعصار، غیر أنّ بُعد العهد و اختلاط الصحیح بالسقیم من الروایات، و الصادر تقیة بالصادر لبیان الواقع، صار سبباً لعدم صدقه إلّا علی لفیف قلیل أی المجتهدین لأنّهم هم الممارسون بأحادیثهم و الناظرون فی حلالهم و حرامهم و العارفون بأحکامهم و لا یصدق ذلک علی المقلّد المحض الذی لا یعرف شیئاً منها سوی ما جاء فی رسالة مقلَّده.

ثمّ إنّ الفرق بین الجوابین واضح فإنّ جواب المحقّق الآشتیانی مبنیّ علی أنّ المیزان هو العلم بالأحکام لا- الاجتهاد، غیر أنّ العلم بالأحکام کان میسوراً للقضاة الموجودین فی زمن النبی مطلقاً، و أمّا فی عصرنا، فلیس میسوراً إلّا علی من له ملکة الاجتهاد.

و أمّا جوابنا فهو مبنیّ علی أنّ المیزان فی صحّة التصدّی هو ما جاء فی لسان الروایة أعنی قوله: «روی حدیثنا، و نظر فی حلالنا و حرامنا، و عرف أحکامنا» و هو کان صادقاً للقضاة الموجودین فی زمن النبی مطلقاً (مجتهداً کان أو لا) و لکنّه فی عصرنا هذا لا یصدق إلّا علی المجتهد فلیس الاجتهاد شرطاً و انمّا هو طریق لتحصیل موضوع الدلیل.

ب: فی نصب المجتهد، المقلِّد للقضاء

فرغنا عن البحث فی تصدی المقلّد منصب القضاء استقلالًا و قد عرفت عدم الدلیل علی جوازه و نفوذ قضائه إنّما الکلام فی تصدیه له بعد نصب المجتهد إیّاه للنظر فی المرافعات، و القضاء فیها علی وفق رأیه.

إنّ جواز النصب للمجتهد رهن أمرین:

۱- أن یکون النصب جائزاً فی نفسه بأن لا- تکون الفقاهة شرطاً شرعیاً للقضاء و نفوذ الرأی کالذکورة و الإیمان و إلّا فلا، لأنّها لو کانت شرطاً لا یجوز للإمام فکیف یجوز للمجتهد الذی هو نائبه؟!

۲- إنّ کل حکم یجوز للإمام یجوز للفقیه الجامع للشرائط.

فالدعوی الأُولی بمنزلة الصغری للثانیة و هی کبری للأُولی أمّا الأُولی فیمکن أن یقال إنّها غیر ثابتة أی لا نعلم أنّه یجوز للإمام نصب العامی للقضاء أو لا، و الشکّ فیه کاف فی الحکم بالمنع بالنسبة إلی المجتهد.

و مع قطع النظر عن ذلک نقول: إذا دلّت المقبولة و المشهورة علی أنّ المأذون للقضاء من ینطبق علیه عنوان الناظر فی الحلال و الحرام و العارف بالأحکام، و فرضنا عدم انطباقه علی المقلّد، یصیر قضاء المقلّد، کقضاء المرأة فکما لا یصح نصبها للقضاء، فهکذا العامی العارف بمسائل القضاء.

هذا کلّه علی القول بدلالتهما علی شرطیة الاجتهاد فی القضاء، و أمّا لو قلنا بعدم دلالتهما علی شرطیة الاجتهاد فنفس الشک فی جواز نصبه المقلّد کاف فی الحکم بعدم الجواز و النفوذ لما قلنا إنّ الأصل عدم حجیة رأی أحد فی حقّ أحد إلّا إذا قام علیه الدلیل و بذلک ظهر أنّ لتبیین حکم المسألة مراحل ثلاث:

۱- الشکّ فی جواز نصب العامی للقضاء، لنفس الإمام و عدمه و مع الشکّ

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۹۴

فیه، لا تفید أدلّة ولایة الفقیه إذ لا یتجاوز عن کونه منزّلًا منزلته. مع وجود الشکّ فی المنزّل علیه.

۲- مع قطع النظر عنه، إذا قلنا بدلالة المقبولة و غیرها علی شرطیة الاجتهاد، و معه کیف یجوز للفقیه، نصبه للقضاء؟

۳- إذا کانت دلالتها قاصرة فنفس الشکّ یکفی فی الحکم بالعدم أخذاً بحکم الأصل الأوّلی.

و بذلک یعلم عدم تمامیة ما أفاده سیّدنا الأُستاذ قدّس اللّه سره فی ردّ الاستدلال حیث قال: إنّ المقبولة لا تدل إلّا علی نصب الإمام الفقیه للقضاء و أمّا کون ذلک بإلزام شرعی بحیث یستفاد منها أنّ الفقاهة من الشرائط الشرعیة فلا.

یلاحظ علیه: بما عرفت من أنّه لو افترضنا أنّ المقبولة و المشهورة لیستا بصدد بیان شرائط من له حقّ القضاء لکن نفس الشکّ فی مشروعیة قضاء العامی العارف بمسائل القضاء عن تقلید، کاف فی الحکم بعدم الجواز و النفوذ و ذلک مثل الشک فی جواز التعبّد بالظن، فإنّ نفس الشک کاف فی الحکم بحرمة التعبد و لا یحتاج إلی دلیل آخر.

و یمکن أن یستدل علی عدم مشروعیة قضاء العامی بصحیحة سلیمان بن خالد عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «اتقوا الحکومة فإنّ الحکومة إنّما هی للإمام العالم بالقضاء، العادل فی المسلمین لنبی أو وصیّ نبیّ». «۱»

فإنّها صریحة فی أنّ القضاء شرّع للأنبیاء و أوصیائهم و لا ینافیه ما دلّ علی جوازه للفقهاء، لأنّهم أوصیاء الأنبیاء. «۲» بوجه فتکون المقبولة حاکمة علیها

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳، من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۳ ص ۷؛ المستدرک: الجزء ۱۷، الباب ۸ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۱۰ و ۴۸.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۹۵

بالتصرّف فی الموضوع و توسیعه و إدخال ما لا یدلّ علیه ظاهرها (الصحیحة) و العامی لیس وصیاً لنبی. فلم یدل دلیل علی مشروعیة قضائه.

ج: فی توکیل المقلّد للقضاء

اشارة

قد عرفت عدم جواز استقلال المقلّد للقضاء و لا نصب المجتهد إیّاه للتصدّی، بقی الکلام فی توکیله حتّی یقوم العامی المقلّد، بفعل المجتهد و یعمل عمله، لا عمل نفسه کما هو الحال فی صورة النصب علی ما عرفت الفرق بینهم.

و القول بالجواز مبنى على ثبوت أحد أمرين على نحو مانعة الخلو:

۱- أن يكون هنا دليل خاص من العرف و غيره على أنّ القضاء أمر قابل للتوكيل و النيابة و مع ثبوته بالخصوص، لا يشترط فى الوكيل سوى ما يشترط فى غيره.

۲- إذا لم يدلّ دليل خاص على أنّ القضاء أمر قابل للتوكيل و صارت النيابة فيه مشكوكة، و لكن كان فى باب الوكالة دليل يدلّ على أنّ كلّ أمر قابل للنيابة إلّا ما خرج بالدليل و معه لا يبقى شك فى كونه قابلًا للنيابة و تعمه أدلّة الوكالة و عموماتها.

و بذلك ظهر أنّ المراد من الأمر الثانى، ليس مطلق عمومات باب الوكالة كعمومات باب البيع و العقود، التى لا تفيد عند الشك فى كون شىء قابلًا للبيع أو العقد عليه، بل الدليل الخاص الدال على أنّ كل أمر قابل للنيابة إلّا ما خرج و هذا غير عمومات باب الوكالة الناظرة إلى الحكم، دون قابلية الموضوع كسائر العمومات.

إذا عرفت ذلك فالمسألة غير معنونة فى كلمات القدماء فلنكتف بكلمات المتأخرين فقد قال المحقّق الرشتى: «الحقّ عدم الجواز وفاقاً للكل أو الجلّ لأنّ

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۹۶

التوكيل مشروط بعدم اشتراط المباشرة فى تأثير الحكم و إلّا لم يعقل فيه التوكيل و اشتراطها هنا معلوم أو مشكوك و التمسّك بأدلّة الوكالة غير مجد فى المقام. «۱»

أمّا الأمر الأوّل أى الدليل الخاص فتوضيح المقام:

اشارة

إنّ الموضوعات من جهة ترتّب الأثر عليها مختلفة و هى:

۱- ما يترتّب عليه الأثر بملاحظة كونه قائماً بفاعل خاص كالمضاجعة فهى محكومة بالحلّية إذا كان المباشر لها هو الزوج لا غير.

۲- ما يترتّب عليه الأثر بملاحظة أصل وجوده فى الخارج من غير خصوصية للفاعل و ذلك كتطهر الثوب بالماء فهو يطهر سواء كان المباشر للغَسل إنساناً بالغاً أو صغيراً أو غير إنسان بل حيواناً أو ريحاً. فالموضوع هو تحقّق الغسل بالماء كيفما كان.

۳- ما يترتّب عليه الأثر المقصود بملاحظة قيامه بإنسان عاقل بالغ مباشرة أو تسبيباً كالبيع و الإجارة، و النكاح و الطلاق.

۴- ما يشك فى أنّه من أىّ قسم من هذه الأقسام، كالقضاء كما سيأتى.

فالأوّلان لا يقبلان الوكالة، لاعتبار الفاعل الخاص فى ترتّب الأثر فى الأوّل و مثله لا ينفك عن اعتبار المباشرة، و عدم لحاظ الفاعل فى الثانى حتى يكون هناك نائب و منوب عنه، و الثالث يقبلها بلا شك.

و أمّا الرابع: فيمكن أن يقال: إنّه مع الشك يحكم بأنّه غير قابل للنيابة كنظائره و الضابطة الكلية: إنّ كل عمل يتوقف على إعمال النظر و الدقّة و العلم و اليقين بالموضوع، و بالتالى اتخاذ عقيدة خاصة فيه فهو يقوم بالفاعل المباشر، و لا تصح نسبته إلى الغير الفاقد لهذه الأُمور، و بالجملة: إنّ تشخيص كل واحد ينسب إلى نفسه و لا تقبل النسبة إلى غيره بالتسبيب.

---

(۱) المحقّق الرشتى: كتاب القضاء ۱/ ۵۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۹۷

و على ذلك يترتّب عدم جواز الوكالة فى الأُمور التالية:

۱- الطبابة: فإنّ الطبيب بعد المعاينة و الدقّة فى أحوال المريض و أوصافه، يتبنّى عقيدة و نظراً فى حقّ المريض، فيأخذ بكتابة نسخة

العلاج و یأمره بالاتباع فهـذا أمر قائم بالطبیب و لا تصـح نسـبته إلی الشـخص الآخر و إن أمر بالمعالجهٔ و ذلک لعدم وجود شـیء من هذه الأُمور فیه حسب الفرض.

۲- الحلـف ۳ الإقرار ۴ الشـهادهٔ. فـإنّ الجمیع إخبـار عن واقع بعلم جـازم قـاطع أخـذاً بماهیـهٔ هـذه الأُمور، فلو تحقق فی الوکیل دون الموکّل، لا تصح له نسبهٔ هذه الأُمور إلی الموکّل لافتقاره مقوِّمها و إن تحقّق فی الموکّل دون الوکیل، لا یصح من الوکیل الإقرار و الشهادهٔ و الحلف لتقوّمها بالعلم و الاطلاع القاطع، و هو فاقد له و إن تحقق فی کلیهما، کلّ یقوم بعمل نفسه.

۵- و منه یظهر حـال القضـاء فإنّ مورده إمّا شـبههٔ حکمیـهٔ أو موضوعیـهٔ، فالقضاء فی الصورهٔ الأُولی بنفس الإفتاء و هو قائم بالمجتهد دون العامی، کما أنّه فی الثانیهٔ یتضمّن الإفتاء فی مورد جزئی، و الإفتاء لا یقبل النیابهٔ لأنّه فرع العلم بالحکم و العامی فاقد له.

و بـذلک یعلم أنّ القضاء لا یقبل الوکالـهٔ و إن کان الوکیل مجتهداً. سواء وکّله بالقضاء علی رأی الموکّل أو رأی الوکیل، و إن کان یظهر من السیّد الطباطبائی جوازه حیث قال: «قـد تکون هناک ما یوجب الحاجـهٔ إلی التوکیل کما إذا لم یرض المترافعان إلّا بالرجوع إلی مجتهـد و کان معذوراً فی المباشـرهٔ فحینئذ یوکل مجتهداً آخر مع فرض عدم رضاهما بالإرشاد إلی ذلک الآخر و قالا إنّا نرید أن تکون أنت الفاصل بیننا بالمباشـرهٔ أو التسبیب ثمّ قال: و هل علی النائب حینئذ أن یقضـی فی المسائل الخلافیهٔ بمقتضـی رأیه أو برأی المستنیب یظهر من المسالک الأوّل و انّه لا یجوز أن یقضی إلّا برأیه و الظاهر جواز الأمرین و کونه تابعاً لکیفیهٔ التوکیل فإن وکّله فی أصل القضاء فیعمل برأیه و إن وکّله فی القضاء بینهما بمقتضی رأی

الموکّل فیعمل برأیه. «۱»

یلاحظ علیه: أنّ القضاء یتضـمّن الإفتاء و هو لا یقبل الوکالـهٔ، لأنّه إن قضـی برأی نفسه، فقد قضـی مباشـرهٔ لا وکالهٔ و إن قضـی برأی الموکّل، فهو فرع جواز الوکالهٔ فی الفتوی.

و لو رفضنا تلک الضابطهٔ و افترضنا الشکّ فی قابلیهٔ القضاء للوکالـهٔ فلا یمکن التمسک فی إثبات القابلیهٔ له بالعمومات الواردهٔ فیه لعدم کونها بصدد بیان تلک الجههٔ.

و أمّا الکلام فی الأمر الثانی أی وجود دلیل فی باب الوکالهٔ

یدلّ علی أنّ کل موضوع قابل للنیابهٔ إلّا ما دلّ علی اعتبار المباشرهٔ فیه، فربّما یوهمه بعض الروایات التالیهٔ:

۱- ما رواه الصـدوق فی الفقیه بسـند صـحیح عن أبی عبـد الله علیه السـلام أنّه قال: من وکّل رجلًا علی إمضاء أمر من الأُمور فالوکالهٔ ثابتهٔ أبداً حتی یُعلمه بالخروج منها کما أعلمه بالدخول فیها. «۲»

و الإمعان فیها یعطی أنّه لیس بصدد بیان قابلیهٔ کل «أمر من الأُمور» للوکالهٔ بل بصدد بیان أنّ عمل الوکیل نافذ إلی أن یبلغه العزل.

۲- صـحیحهٔ هشام بن سالم عن أبی عبد الله علیه السلام فی رجل وکّل آخر علی وکالهٔ فی أمر من الأُمور و أشهد له بذلک شاهدین، فقام الوکیل فخرج لإمضاء الأمر فقال: اشـهدوا أنّی قـد عزلت فلاناً عن الوکالهٔ، فقال: إن کان الوکیل أمضـی الأمر الذی وکّل فیه قبلَ العزل فإنّ الأمر واقع ماض علی ما أمضاه الوکیل. کره الموکّل أم رضـی. قلت: فإنّ الوکیل أمضی الأمر قبل أن یَعْلَمَ العزل أو یبلغه أنّه قد

---

(۱) السیّد الطباطبائی: ملحقات العروهٔ ۲/ ۱۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۱ من أبواب الوکالهٔ، الحدیث ۱، ص ۲۸۵.

عزل عن الوكالة فالأمر على ما أمضاه؟! قال: نعم قلت له: فإن بلغه العزل قبل أن يمضى الأمر ثمّ ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشىء؟! قال: نعم، إنّ الوكيل إذا وكّل ثمّ قام عن المجلس فأمره ماض أبداً و الوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو يشافهه بالعزل عن الوكالة.»(۱)

و هذه الرواية كسابقتها ليست بصدد بيان انّ الوكالة فى كل أمر ماض، و إنّما هى بصدد بيان مضىّ و نفوذ الوكالة فى كل ما تصحّ الوكالة فيه، ما لم يبلغه العزل بثقة، كما هو واضح. فإذا شككنا فى انّ القضاء يقبل الوكالة أو لا فليس هنا دليل على صحّة التوكيل فيه.

ثمّ إنّ السيّد الطباطبائى نقل عن المسالك دليلًا على عدم الجواز و لم نعثر عليه فيها حاصله: أنّه يشترط فى القاضى أن يكون مجتهداً و معه لا فرق بين النائب و المستنيب فى ثبوت ولاية القضاء له فلا معنى لكون أحدهما وكيلًا عن الآخر فهو نظير توكيل أحد الوليين أو الوكيلين أو الوصيين للآخر فكما أنّه لغو فهكذا فى المقام.»(۲)

يلاحظ عليه: أنّ ذلك خلط بين النصب و الوكالة، فبما أنّ المنصوب مستقل فى عمله يشترط فيه ما يشترط فى الناصب، و هذا بخلاف الوكالة فإنّ الوكيل يقوم بنفس عمل الموكّل كأنّ المجتهد، يقضى بواسطة وكيله. فيكفى وجود الشرط فيه من دون لزوم وجود شرط خاص فى الوكيل سوى الشروط العامة فى مطلق الوكالة.

فالحقّ فى عدم جواز الوكالة منه، لعدم ثبوت كون القضاء ممّا يقبل الوكالة، و لم يدل دليل عليه، لا من العرف و لا غيره.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۲ من أبواب الوكالة، الحديث ۱.

(۲) الطباطبائى اليزدى: ملحقات العروة، كتاب القضاء، ج ۲/ ۱۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۰۰

د: نصب المقلّد للقضاء عند الاضطرار

ما تلوناه عليك من الأدلّة على عدم جواز تصدّى العامى للقضاء استقلالًا أو نصباً إنّما كان راجعاً إلى حال الاختيار و إنّما الكلام فى حال الاضطرار، قال المحقق: «إذا اقتضت المصلحة تولية من لم يستكمل الشرائط انعقدت ولايته مراعاة للمصلحة فى نظر الإمام عليه السلام كما اتّفق لبعض القضاة فى زمن على عليه السلام و ربّما منع من ذلك.»(۱)

و قال فى المسالك: إذا اقتضت المصلحة عند الإمام تولية من لم يستكمل شرائط القضاء بأن كان قاصراً فى العلم أو العدالة ففى جواز توليته عندنا وجهان: أحدهما المنع لفقد الشرط، المقتضى لفقد المشروط إلى أن قال: الثانى، الجواز نظراً إلى وجود المصلحة الكلية التى هى الأصل فى شرع الأحكام و لوقوع مثله فى زمن علىّ عليه السلام فقد كان ولّى شريحاً القضاء مع ظهور مخالفته له فى الأحكام المنافية للعدالة التى هى أحد الشرائط.»(۲)

يلاحظ عليه: أنّ التمسك بسيرة الإمام غير واضح، لعدم وضوح وجهة عمله و لعلّ القاضى كان صالحاً يوم ذاك!!، أو كان الإمام مضطراً فى إبقائه فى منصبه، لاشتغاله بالقضاء من عصر الخليفة الثانى إلى زمان الإمام و لا يعنى ذلك أنّ الإمام كان يعمل بالتقية، حتى يقال إنّه ما كان يعمل بالتقية، بل المصالح اقتضت الإبقاء و تصوّر أنّ المصالح كانت تقتضى إبقاء معاوية فلما ذا رفضها؟ مردود بأنّ المبايعين الذين صدّروا عليّاً منصّة الخلافة و بايعوه، كانوا هم المضطهدون المطالبون عزل ولاة عثمان الذين امتصوا دماء الأُمة، فعزل معاوية مضافاً إلى أنّه كان واجباً شرعياً على الإمام كان واجباً اجتماعياً و على كل تقدير يمكن تقرير الجواز بالوجه التالى:

---

(۱) نجم الدين: الشرائع: ۴/ ۸۶۳.

(٢) زين الدين العاملى: المسالک، ج ٢/ ٣٩٥.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج١، ص: ١٠١

إنّ حفظ الحقوق رهن فصل الخصومات و رفع المنازعات فإذا لم يتمكّن من الرجوع إلى المجتهد: و لم يجز نصب العامى للقضاء تقليداً لزم بعد ذلک ارتکاب أحد محاذير ثلاثة:

١- فإمّا أن يُرفع الشكوى إلى ديوان الظالمين و هو حرام.

٢- أو يمنع من الترافع إلى الأبد و فيه إبطال للحقوق و رفع للأمان عن الدماء و الأعراض و الأموال.

٣- أو يلزم الصبر إلى أن يتمكّن من الرجوع إلى الفقيه و هو موجب للعسر و الحرج و ربّما لا يتمكّن المدّعى من إقامة الشاهد عند ذاک.

و على ضوء ذلک: لا مناص للفقيه من نصب (العامى) للقضاء تقليداً فى الشبهات الموضوعية و الحكمية حفظاً للحقوق، إذا كان له المقدرة على التميز و التشخيص فى تطبيق الأحكام و الكلّيات على مصاديقها.

فإن قلت: إنّ الرجوع إلى المحاكم العادية التى لا- تحكم على وفق الكتاب و السنّة يحفظ الحقوق كما كانت الحال على ذلک قبل الثورة الإسلامية فى إيران.

قلت: إذا دار الأمر فى حفظ الحقوق بين الرجوع إلى المحاكم العادية، و النزول عند حكم المقلّد العارف بالأحكام الإسلامية عن تقليد، فالثانى هو المتعيّن، لأنّ حرمة الأُولى مطلقة متأكدة قال سبحانه: (أَ لَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أُنْزِلَ إِلَيْکَ وَ مَا أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِکَ يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ وَ يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُضِلَّهُمْ ضَلَالًا بَعِيداً) (النساء/ ٦٠). و لأجل ذلک لا مناص فى حفظ الحقوق من اختيار قضاء المقلّد و تقديمه عليها.

و على ذلک فوجود المحاكم العادية و عدمها سواء فيتعيّن على الفقيه نصب العامى العارف بالقضاء لرفع الخصومات بين الناس، من غير فرق بين كون المورد من قبيل الشبهات الموضوعية أو الحكمية، و هو من القضايا التى قياساتها معها

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج١، ص: ١٠٢

لأنّ ترک المرافعة و القضاء، يؤدى إلى تضييع الحقوق و الأموال و إيقاف الأمر إلى التمكّن من المجتهد، لا ينفع إذا طال الزمان و ما زالت الشكاوى و الدعاوى تترى و تتزايد و شدّ الرحال إلى المجتهد النائى أمر مشكل و عندئذ فإذا كانت الشبهة موضوعية، يعمل بقواعد «المدّعى و المنكر» (التى مارسها مدّة على أيدى القضاة المهرة). و إذا كانت الشبهة حكمية مثل منجزات المريض و ثبوت الشفعة إذا كانت الشركاء أزيد من ثلاثة، و تحريم عشر رضعات فبما أنّ القضاء فيها لا يحتاج إلى إقامة بيّنة و جرحها و تعديلها يكفى العثور على رأى المجتهد و الحكم على وفقه.

و إن شئت قلت: إنّ الشرط هو الصدور عن الكتاب و السنّة، فلا مانع من سقوط شرطيته عند الاضطرار و فقد القائم به.

فإن قلت: إنّ القضاء فى الشبهات الحكمية و الموضوعية لا يخلو عن إفتاء بالحكم الكلى أو الإفتاء بالحكم الجزئى و ليس العامى أهلًا له.

قلت: يظهر حلّه بعد بيان ما تجب على العامى مراعاته من باب الاحتياط و الأخذ بالقدر المتيقّن و إليک بيانها:

الأوّل: إذا قلنا بسقوط شرطية الاجتهاد فى حال الاضطرار لكن القدر المتيقّن للجواز هو العامى الذى ينصبه المجتهد لذلک المقام. و ذلک لا- لوجود الدليل على الشرطية (لما عرفت من أنّه لا يجوز نصب العامى للقضاء فى حال الاختيار) بل لاحتمال مدخلية نصب المجتهد فى هذه الحالة، دفعاً للهرج و المرج و حفظاً لنظام القضاء على الحدّ الممكن.

الثانى: للتأكد من إصابة الحقّ، و التجنب من الاشتباه يلزم عليه التشاور فى القضاء و السؤال عن سائر العارفين بالقضاء فإنّ الرأى الصادر عنده أقرب إلى الحقّ و ألصق بالواقع، و حقّ الرأى للمنصوب فقط.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۱۰۳

الثالث: إذا نصب المجتهد العامی العارفَ بالقضاء فی زمان کان الرجوع إلی المجتهد موجباً للعسر و الحرج، فهل یختصّ قضاؤه بخصوص لو کان مناط الرجوع موجوداً، أو یعمّه و ما إذا کان الرجوع إلیه سهلًا و یسراً؟ وجهان:

۱- إنّ الحکم النابع عن العسر و الحرج یدور مدارهما فلو کان رفع الشکوی إلی المجتهد سهلًا، یلزم علیه إرجاع المتداعیین إلی المجتهد و إلّا فیباشر بنفسه خصوصاً إذا قلنا بأنّ العسر الرافع للحرج هو الشخصی منه لا النوعی.

۲- إنّ تحدید القضاء بوجود العسر الشخصی و عدم کفایهٔ العسر النوعی یوجد الغموض فی أمر القضاء و ربّما یزید فی العسر و الحرج، و الأوّل أحوط و الثانی أقوی، خصوصاً إذا کان هنا نظام فی القضاء یشتغل فیه أشخاص کثیرون، لا یمکن تعلیق عملهم یوماً دون یوم.

الرابع: إذا نصب المجتهد العامی للقضاء یجب علیه العمل بفتوی الأعلم و لیس له أیّ تدخل فی ترجیح الآراء بعضها علی بعض، و تقدیم المشهور علی الشاذ، إذا کان فتوی الأعلم مطابقاً للثانی، أو ترجیح ما یؤیّد بعض الظنون علی الأُخر، لأنّ کل ذلک من وظائف أصحاب النظر فقط.

الخامس: إذا نصبه مجتهد للقضاء فهل له الصدور عن رأی الأعلم أو عن رأی المجتهد الناصب له، أو یتخیّر؟ فالأقوی هو الأوّل، کما عرفت لأنّه من قبیل دوران الأمر بین التعیین و التخییر.

السادس: إذا کان هناک من هو أعرف بموازین القضاء تقلیداً من غیره و إن کان له أیضاً عرفان بالقضاء فیقدم الأعرف فالأعرف فی مقام النصب إلّا إذا لم یستعد الأعرف للقضاء فیتعیّن غیره.

السابع: إذا تعذّر النصب من جانب المجتهد، فعلی المسلمین أن یختاروا أعرفهم بموازین القضاء، و لو عن تقلید.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۱۰۴

الثامن: الذی یترتّب علی قضاء العامی، هو لزوم طاعته و تنفیذ رأیه، و أمّا عدم جواز نقضه و عدم جواز تجدید المرافعهٔ، لدی التمکّن من المجتهد فلا، لأنّ کلّ ذلک من آثار قضاء المجتهد، لا العامی العارف بالقضاء نعم لا یصحّ النقض إلّا من جانب المجتهد الناصب، لا غیره لأنّه یستلزم الهرج و المرج.

و بذلک اتضح جواب الإشکال السابق و ذلک لأنّ القضاء فی المقام لیس قضاء حقیقیاً حتی یعترض علیه بأنّ القضاء لا یخلو عن إفتاء و هو شأن المجتهد دون العامی، بل عمل بالواجب بالقدر الممکن و إن کان مشوباً بالخلاف.

و علی کل تقدیر لو کان فی هرم النظام مجتهد جامع الشرائط، فعلیه أن یتکفّل بهذه الأُمور، و علیه النصب و العزل و النقض و لیس للآخرین التدخل و إلّا استلزم الفوضی فی النظام. «۱»

و بما ذکرنا یظهر أنّ المسوغ لنصب المقلّد العارف بالأحکام علی القضاء لیس هو المصالح العامهٔ الواردهٔ فی عبارهٔ المحقّق و غیره حتی یقال: «إنّ الأحکام الشرعیهٔ لا تتغیر بالمصالح المرسلهٔ فلا یجوز رفع الید عن بعض شرائط النکاح و الطلاق و المعاملات بمجرّد وجود مصلحهٔ تقتضی خلافها، بل یلزم العمل بإطلاق أدلّهٔ الشرائط فلا یجوز رفع الید عن شرطیهٔ العدالهٔ، أو الاجتهاد فی القاضی بوجود مصلحهٔ ملحوظهٔ فی قضاء الشخص الفاقد لذلک الشرط».

و ذلک لما عرفت من أنّ المسوّغ، هو أدلّهٔ رفع الحرج فی الشرع، أو کون الاضطرار مسقطاً لشرطیهٔ الشرط إذا کان فی دلیل المشروط إطلاق، و إلّا فالمصالح المرسلهٔ لیست مناطاً للتشریع فی فقه الإمامیهٔ.

ثمّ إنّ بعض المانعین عن ممارسهٔ المقلّد مهمّهٔ القضاء عند الاضطرار قال:

---

(۱) لاحظ رسالهٔ القضاء للمحقّق میرزا حبیب الله الرشتی (م ۱۳۱۲ ه) فقد صدرنا فی المقام عن تلک الرسالهٔ الجزء الأوّل: باب: ما

یختص بأحکام المقلّد المنصوب للقضاء، ص: ۶۰، ۶۱، ۶۲، ۶۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۰۵

إنّ التخلّص من هذه المشکلة الاجتماعیة لا ینحصر بذلک بل هنا طرق أُخری تنحلّ معها عقدتها و إلیک الطرق:

۱- العمل بالبیّنة لو کانت، و إلّا فیخلی سبیل المنکر، کما هو الحال بین الأُمم غیر الدینیة، من دون حاجة إلی الحلف.

۲- العمل ببیّنة المدّعی أو أیّ دلیل یقیمه بحیث یحصل العلم منه و إلّا فیتوجّه الحلف علی المنکر بناءً علی عدم اختصاص الحلف بصورة وجود القاضی، و لمّا کان المفروض قبول المتنازعین الحقّ و الحکمَ الشرعی فیمکن لهما العمل بذلک من دون حاجة إلی وجود شخص ثالث.

۳- الرجوع إلی قاعدة العدل و الانصاف و لیس مصداق العدالة أمراً خفیّاً.

۴- العمل بالصلح القهری حیث یدور الحقّ بین شخصین.

۵- العمل، بالقرعة فی الشبهات الموضوعیة لا الحکمیة.

یلاحظ علیه: أنّ صاحب النظریة افترض المترافعین رجلین عادلین یریدانِ العمل بالحقّ المرّ، فعند ذلک یصحّ بعض ما افترضه رافعاً للمشکلة و لکن قلّما یتّفق ذلک و تصوّر أنّ موضوع البحث هو ما إذا لم یکن للإمام قدرة ظاهریة و الدافع الی العمل بالحکم إیمانهما، لیس بمعنی أنّه لیس لقضائه فی نفوذ الحقّ أیّ تأثیر، إذ ربّما یکون لقضائه تأثیر فی العمل بالحقّ و إن کانا یعرفانه قبل القضاء أیضاً بحیث لو لا- القضاء لما کان دافع تامّ للعمل بالحقِّ، مضافاً إلی أنّ موضوع البحث أعمّ من ذلک و یعمّ ما إذا قامت دولة إسلامیة قاهرة و لکن کانت القضاة الجامعة للشرائط أقلّ ممّا تحتاج إلیه الأُمّة فیقع البحث فی نصب المقلّد العارف علی القضاء فتکون للقاضی قدرة التنفیذ.

و علی ذلک فالفرضان الأوّلان، لا- یتمشیان إلّا فی مجتمع أشبه بالمدینة الفاضلة التی صوّرها أفلاطون و لا ینفعان فی مجتمعنا، و الرجوع إلی قاعدة العدل

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۰۶

و الانصاف لا تفید فی الشبهات الحکمیة و لیس بأقرب إلی الواقع من العمل بقول المقلّد العارف، و الطریق الرابع منحصر فیما إذا کان الحقّ بین شخصین خاضعین للصلح. و بالجملة اقتراح هذه الطرق، یعرب عن کون المقترح بعیداً عن المشاکل الاجتماعیة، و أمّا العمل بالقرعة فلا یتمّ إلّا فی مورد وجود حقّ مردد بین الشخصین لا فیما إذا تردد الأمر بین وجود الحقّ و عدمه و هو الأکثر و لم ترد القرعة فی المورد الأخیر فلاحظ. و علی أیّ تقدیر فشکر الله مساعی کلّ من فکّر فی رفع مشاکل الأُمّة الإسلامیة.

الشرط التاسع: کونه ضابطاً

لا شکّ فی شرطیة الضبط فی القضاء کاشتراطه فی الإفتاء و الشهادة و نقل الروایة، غیر أنّ المهم تقدیره، فاکتفی المحقّق بعدم غلبة النسیان علیه، فلو غلبه النسیان لم یجز نصبه. «۱»

یلاحظ علیه: أنّ لازمه جواز نصب المساوی مع أنّه لا تجوز تولیته. و لأجل ذلک عطف العلّامة علیه فی القواعد، مساواتهما و قال: «و لو غلب النسیان أو ساوی ذُکره، لم تجز تولیته». «۲»

و الظاهر عدم کفایة مجرّد غلبة الذُکر علی النسیان و إن کان قلیلًا کما إذا زاد ذُکره علی نسیانه بواحد بل لا بدّ مع ذلک أن یعدّ إنساناً ضابطاً، لا ناسیاً و یکون نسیانه أمراً عادیّاً لا علی خلاف العادة، و الدلیل علی اعتباره مضافاً إلی خطورة الموقف، و بناء العقلاء فی المورد و نظائره انصراف النصوص إلی الإنسان المتعارف، و من غلب نسیانه ذُکره، أو ساواه، أو غلب ذُکره علیه بمقدار قلیل، لا یعدّ إنساناً عادیاً.

(۱) نجم الدین: الشرائع: ۶۷.

(۲) مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۱۰۰، قسم المتن.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۰۷

الشرط العاشر: العلم بالکتابة

اختلفت کلمة الفقهاء فی شرطیة العلم بالکتابة و إن کان الاجتهاد، لا ینفکّ عن العلم بها غالباً. و قلّما یتّفق لإنسان، بلغ قمّة الاجتهاد، و مع ذلک یقرأ و لا یکتب.

قال الشیخ فی المبسوط: فإن کان یحسن الکتابة انعقد له القضاء و إن کان لا یحسن الکتابة قال قوم: انعقد له القضاء لأنّه ثقة من أهل الاجتهاد و کونه لا یکتب لا یقدح منه لأنّ النبی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم إمام الأئمّة، ما کان یکتب و لم یُؤثَر ذلک منه و قال آخرون: الکتابة شرط لأنّه یحتاج أن یکتب إلی غیره و أن یکتب غیره إلیه .... «۱»

و علّله فی المسالک بقوله: بأنّه ربّما یضطر إلی معرفة الوقائع و الأحکام التی لا یتیسر ضبطها غالباً إلّا بها و هذا اختیار الشیخ و المصنف (المحقق) و أکثر الأصحاب و التمسّک بأُمّیّة النبیّ و أنّه کان لا یکتب مدفوع بأنّه کان مصوناً بالعصمة المانع من السهو و الغلط. «۲»

و قد عرفت أنّ المسألة قلیلة الجدوی جدّاً لعدم التفکیک بین الاجتهاد و الکتابة و مع ذلک فلیست الکتابة شرطاً لجواز التصدّی کالبلوغ و العدالة فلو نصب للقضاء فی أُمور لا تتوقف علی الکتابة و الضبط صحّ نصبه و قضاؤه و إن لم یعرف الکتابة، غیر أنّ القضاء فی الیوم خصوصاً القضاء العام، لا ینفکّ عن الحاجة إلی الضبط بالکتابة و لا یکون القاضی مصوناً من الاشتباه و غدر المترافعین، حتّی أنّهم قالوا: ینبغی للقاضی أن یتّخذ کاتباً بین یدیه یکتب عنده الإقرار و الإنکار. «۳»

(۱) الطوسی: المبسوط: ۱۰/ ۱۱۹.

(۲) زین الدین العاملی: المسالک: ۲/ ۳۸۹.

(۳) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۱۱۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۰۸

الشرط الحادی عشر: البصر

قال الشیخ أمّا کمال الخلقة فیشترط أن یکون بصیراً فإن کان أعمی لم ینعقد له القضاء لأنّه یحتاج إلی معرفة المقرّ من المنکر، و المدّعی من المدّعی علیه و ما یکتبه کاتب بین یدیه، و إذا کان ضریراً لم یعرف شیئاً من ذلک. «۱»

و قال المحقّق: و فی قضاء الأعمی تردّد أظهره أنّه لا ینعقد لافتقاره إلی التمییز بین الخصوم و تعذر ذلک مع العمی إلّا فیما یقلّ «۲» و قد علم حاله ممّا ذکرناه فی الکتابة، و أنّه لیس کسائر الشروط من البلوغ و العدالة فیجوز نصبه لأُمور، لا یتوقّف القضاء فیها علی البصر لکنّه قلیل جدّاً. و الاضطرار إلیه فی أغلب الموارد، یجرنا إلی القول بعدم جواز نصبه.

الشرط الثانی و الثالث عشر: السلامة من الصمم و الخرس

قالوا باشتراط السلامة من الصمم و الخرس، لکن وزانهما وزان ما سبق من اشتراط الکتابة و البصر. فلا نطیل.

الشرط الرابع عشر: الحرية

و أمّا الحرّية فلا دليل على الاشتراط أوّلًا و أنّ عدم الابتلاء به أغنانا عن البحث عنه ثانياً.

---

(١) الطوسى: المبسوط: ٨/ ١٠٩.

(٢) نجم الدين: الشرائع: ۴/ ٨۶١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٠٩

مسائل إحدى عشرة

الأُولى: فى قاضى التحكيم و المأذون

اشارة

قد تعرّفت انقسام القضاء بالنسبة إلى الإذن الخاص و العام إلى المنصوب و المأذون، فالأوّل هو المختصّ بزمان الحضور إذا بعث المعصوم، شخصاً معيّناً للقضاء، روى عن على عليه السلام أنّه قال: بعثنى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم إلى اليمن قاضياً. و بعث علىّ، عبد الله بن عباس قاضياً إلى البصرة. «١» و أمّا المأذون فهو من أذن له الإمام على الوجه الكلّى كما هو الحال فى الفقيه الجامع للشرائط و لا يختصّ بزمان الغيبة بل يعمّها و الحضور، و الفقيه الإمامى فى البلاد النائية فى عصر الأئمّة كانوا قضاة مأذونين حسب المقبولة و غيرها. فسيوافيك الكلام فيه بعد الفراغ عن البحث إنّما الكلام فى قاضى التحكيم. فيقع البحث فيه من جهات:

الجهة الأُولى: فى تفسيره و تبيين مفهومه

إنّ الهدف من القضاء هو تبيين الوظيفة للمتخاصمين من حيث الواقع إذا كانت الشبهة حكمية، أو من حيث التنازع إذا كانت موضوعية أوّلًا، و إلزامهما على الاعتناق بما حكم فى ظلّ القوّة ثانياً و على ذلك فقاضى التحكيم لا يفتقد إلّا الأمر الثانى، و يُتدارك باعتناق الطرفين و رضاهما بقضائه و إجرائهما حكمه و قد كانت القضاة فى عصر الأُمويين و العباسيين منقسمين إلى رسميين و غير رسميين، فكانت الدولة و الحكومة وراء الرسميين دون غيرهم، نعم كان وراءهم رضا الطرفين و طيب نفسهما بحكمهم. و بما أنّ القضاء من شئون النبىّ أو وصيّه، «٢»

---

(١) الطوسى: المبسوط: ٨/ ٨٢

(٢) الوسائل ١٨، الباب ٣ من أبواب صفات القاضى، الحديث ٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١١٠

قالوا: يشترط فى ثبوت الولاية إذن الإمام عليه السلام و لو استقضى أهل البلد قاضياً لم تثبت ولايته. ثمّ استثنوا منه صورة قاضى التحكيم و قالوا: نعم لو تراضى الخصمان بواحد من الرعيّة فترافعا إليه فحكم لزمهما حكمه و إن كان هناك قاض منصوب بل و إن كان إمام. «١» و سيوافيك وجهه.

الجهة الثانية: فى تصويره فى زمان الغيبة

ربّما یقال انّ قاضی التحکیم مختصّ بزمان الحضور قال الشهید: و اعلم أنّ الاتّفاق واقع علی أنّ قاضی التحکیم یشترط فیه ما یشترط فی القاضی المنصوب من الشرائط، التی من جملتها کونه مجتهداً و علی هذا فقاضی التحکیم مختصّ بحال حضور الإمام لیفرّق بینه و بین غیره من القضاة فیکون القاضی منصوباً و هذا غیر منصوب إلّا من جانب المترافعین و أمّا فی حال الغیبة فسیأتی أنّ المجتهد یَنفُذ قضاؤه لعموم الإذن، و غیره لا یصحّ حکمه مطلقاً فلا یتصوّر فی زمان الغیبة. قاضی التحکیم. «۲»

یلاحظ علیه: أنّ الفقیه مأذون فی القضاء بالإذن العام فی زمان الحضور و الغیبة مطلقاً، کما هو مقتضی المقبولة و غیرها و علیه فلا یتصوّر المنصوب إلّا فی حال الحضور مع بسط الید، کعصر الإمام علی علیه السلام، و أمّا مع عدم البسط فزمان الحضور و عصر الغیبة سیّان فی کون الفقیه مأذوناً و نافذاً حکمه من دون حاجة إلی التحکیم.

و مع ذلک یمکن تصویره فی عصر الغیبة عند ما قامت دولة إسلامیة و کان علی رأسها فقیه جامع للشرائط، کما فی عصر الدولة الصفویة حیث کان یرأسها

---

(۱) نجم الدین الحلی، الشرائع: ۴/ ۶۸.

(۲) زین الدین العاملی: المسالک: ۲/ ۳۹۰، و قریب منه کلام المحقّق الأردبیلی فی شرح الارشاد، لاحظ ج ۲/ ۱۸۴ و سیوافیک نصه فی الجهة الثالثة.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۱۱

فقیه جامع للشرائط کالمحقّق الکرکی و غیره و هکذا الأمر فی الثورة الإسلامیة المبارکة فی إیران فعند ذاک یمکن أن یقال إنّ کل فقیه و إن کان قاضیاً حسب المقتضی لکن لأجل إیصاد باب الفوضی، یُمْنع الفقیه عن التدخل فی القضاء إلّا بنصب من جانب الحکومة الإسلامیة. و عند ذاک یصبح تلک الظروف کعصر الحضور مع بسط الید، فینقسم القاضی إلی منصوب و غیر منصوب، فلیس لغیره القضاء و إن کان واجداً للولایة بنحو الاقتضاء لکن تمنعه رعایة المصالح العامّة إلّا بنحو التحکیم.

نعم هنا وجهان آخران لتصوّر قاضی التحکیم فی زمان الغیبة و إلیک بیانهما:

۱- ما أفاده المحقّق الأردبیلی بقوله: إلّا أن یکون أعلم منه موجوداً و یتمکّن من الوصول إلیه و إنفاذ حکمه و حینئذ یتعیّن ذلک بناءً علی القول المشهور من تعیین الأعلم و حینئذ یتصوّر تراضی الخصمین بواحد من الرعیّة فتأمّل. «۱»

و سیوافیک عدم وجوب کون القاضی أعلم فی البلد بل یکفی الصدور عن الکتاب و السنّة فعندئذ تنتفی الفائدة.

۲- ما سیجیء من المحقّق الخوئی تبعاً لصاحب الجواهر من عدم اشتراط الاجتهاد فی قاضی التحکیم فتظهر الثمرة فی غیر المجتهد، فیصحّ حکمه بعنوان التحکیم دون المجاز و سیوافیک الدلیل علی شرطیة الاجتهاد مطلقاً من غیر فرق بین المأذون و قاضی التحکیم.

الجهة الثالثة: قاضی التحکیم فی کلمات الأصحاب

قال الشیخ: إذا تراضی نفسان برجل من الرعیّة یحکم بینهما و سألاه الحکم

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء؛ ج۱، ص: ۱۱۱

---

(۱) الأردبیلی: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۸۴

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۱۲

بینهما کان جائزاً بلا خلاف فإذا حکم بینهما لزم الحکم و لیس لهما بعد ذلک خیار. «۱»

و قال فی المبسوط: إذا ترافع نفسان إلی رجل من الرعیّة فرضیا به حکماً و سألاه أن یحکم لهما بینهما، جاز و إنّما یجوز أن یرضیا بمن یصلح أن یلی القضاء و هو أن یکون من أهل العدالة و الکمال و الاجتهاد علی ما شرحناه من صفة القاضی لأنّه رضی به قاضیاً فأشبه قاضی الإمام. «۲»

و قال المحقق: و لو تراضی الخصمان بحکم بعض الرعیّة فحکم لزمهما حکمه فی کل الأحکام. «۳»

و قال ابن سعید الحلی: و إن اختار الخصمان رجلًا یحکم بینهما و له شروط القضاء لزمه حکمه. «۴»

و قال العلامة: و لو تراضی الخصمان بحکم بعض الرعیّة و حکم بینهما لزمهما حکمه. «۵»

و قال الأردبیلی: نعم لو تراضی الخصمان بواحد من الرعیّة أن یحکم بینهما بحکم الله و لم یکن مأذوناً و منصوباً بخصوصه من الإمام و نائبه للحکم و القضاء، و حکم بحکم موافق للحق و نفس الأمر، بشرط اتصافه بشرائط الحکم غیر الإذن من الاجتهاد و العدالة، صحّ ذلک الحکم و مضی حکمه فیهما و لیس لهما نقضه بعده و لا یشترط الرضاء بعد الحکم علی المشهور و لا یجوز لهما خلاف ذلک و هذا إنّما یتصوّر فی زمان الحضور و إمکان الاستئذان. لا حال الغیبة التی لا یمکن

---

(۱) الطوسی: الخلاف، کتاب القضاء، المسألة ۴۰.

(۲) المبسوط: ۸/ ۱۶۴.

(۳) النجفی: الجواهر، ج ۴۰، قسم المتن ۲۳.

(۴) ابن سعید الحلّی: الجامع للشرائع، ۵۳۰.

(۵) العلّامة الحلّی: إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۳۸، ط النشر الإسلامی.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۱۳

الاستئذان، إذ حینئذ کل من اتصف بما تقدّم من الشرائط فهو قاض و حاکم و لم یحتج إلی شیء آخر غیر ذلک کما تقرّر عندهم. «۱»

الجهة الرابعة: ما هو الدلیل علی مشروعیّته؟

اشارة

استدل الأصحاب علی نفوذ قضائه بوجوه قاصرة نشیر إلیها:

۱- استدل الشیخ فی الخلاف بما روی عن النبیّ الأکرم صلَّی الله علیه و آله و سلَّم أنّه قال: من حکم بین اثنین فتراضیا به فلم یعدل فعلیه لعنة الله تعالی. «۲»

یلاحظ علیه: أنّه علی فرض صحّة الاحتجاج به یدلّ علی أنّه یجب علیه الحکم بالعدل، و أنّه لو انحرف فعلیه لعنة الله و أمّا أنّه ینفذ حکمه و یحرم خلافه فلا إذ من المحتمل أن یکون للمتخاصمین خیار بعد الحکم أیضاً.

فإن قلت: إذا افترضنا أنّه حکم بالحق، فلا معنی للخیار بعد الحکم به.

قلت: ذلک إذا حکم بالحق الواقعی لا الظاهری، و حکم القاضی، حکم ظاهری لا واقعی، و لزوم الأخذ به مختصّ بالثانی دون الأعم

منه و من الأوّل و أمّا لزوم الأخذ بحكم القاضى لا لأجل كونه حكماً حقّاً، بل لأجل الروايات التى منها المقبولة.

۲- ما مرّ من العمومات فى الآيات و الروايات من لزوم الحكم بالحق و القسط و ما أنزل الله دون غيرها، و هو مطلق يعمّ كلا الصنفين، و قد دلّت الأدلّة على نفوذ حكمه إذا حاز ذلك الشرط.

يلاحظ عليه: عدم الإطلاق فى العمومات من هذه الناحية فإنّها بصدد بيان لزوم كون الحكم على وفق ما أنزل الله، لا على وفق الحكم الجاهلى، و أمّا من هو

---

(۱) الأردبيلى: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۸۴.

(۲) الطوسى: الخلاف: ۳/ ۳۲۲.

الحاكم و ما شرائطه فليست بصدد بيانه حتى يتمسّك بإطلاقها.

۳- إنّ الصحابة قاموا بعمل التحكيم، و لم ينكره الإمام أمير المؤمنين عليه السلام.

يلاحظ عليه: أنّه لم يدلّ دليل على أنّه كان بمرأى و منظر منه. نعم لو كان و سكت كان دليلًا على السعة.

لكن الظاهر أنّا لا نحتاج فى إثبات نفوذ حكمه إلى دليل خاص وراء العمومات الدالّة على نفوذ قضاء الفقيه الجامع للشرائط، و ذلك لأنّ المستفاد منها، هو نفوذ حكم الفقيه مطلقاً، فى زمان الحضور و الغيبة، و توهم اختصاصها بزمانها، غير تام، لأنّ المقبولة تضمّنت حجية قول الفقيه فى عصر الصادق و بعده فكيف تكون مختصّة بعصر الغيبة؟

غير أنّه إذا كانت للإمام المعصوم قدرة ظاهرية، أو كان هناك حكومة إسلامية يرأسها الفقيه النائب عن الإمام المعصوم، يتوقف جواز القضاء على النصب، لا لعدم المقتضى و عدم الصلاحية بل لأجل وجود المانع و هو تسرّب الفوضى إلى المجتمع الإسلامى، و ليس المقيّد دليلًا شرعياً حتى يؤخذ بإطلاقه و إنّما حكم عقليّ لغاية صدّ تسرّب الفساد فى وجه الأُمة فلأجل ذلك يشتغل الفقيه المنصوب بالقضاء دون غيره حفظاً للمصالح و لكن الفساد رهن اشتغال غير المنصوب كالمنصوب، لاما إذا اشتغل به فى واقعة أو واقعتين بصورة استثنائية، لأجل رضا الطرفين، فلا يتسرّب الفساد و عند ذاك تكون العمومات شاملة له كالمنصوب، لوجود المقتضى و عدم وجود المانع.

الاستئناس بالآيات و الروايات

و يمكن الاستئناس ببعض الآيات و الروايات فى إثبات مشروعيّته و إنّما عبّرنا به دون الاستدلال لعدم الوثوق بكونها واردة فى قاضى التحكيم:

۱ ما ورد فى شقاق الزوجين من بعث الحكمين من جانبهما لينظرا فى شقاقهما قال سبحانه: (وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً خَبِيراً) (النساء/ ۳۵) و كأنّ الطرفين اتّفقا على أن يبعث كل حكماً حتى يتشاورا ثمّ يحكما، فالحكم بالتالى لكل من الطرفين، هو مجموعهما. و لو اتّفقا على رأى يكون نافذاً.

و الذى يبعِّد أن يكون مفاد الآية من قبيل قاضى التحكيم، أنّه لو كان من ذاك لزم تواجد جميع شروط القاضى فى الحكمين من الإيمان و العدالة و الاجتهاد، و هو كما ترى إذ لو وجبت الرعاية لانسدّ باب التحاكم فى أُمور الأُسرة.

۲- ما ورد فى تشاجر قبائل قريش عند بنيان الكعبة حيثما انتهى أمرهم فى نصب الحجر الأسود فى موضعه، فكل قبيلة أرادت أن ترفعه

إلی موضعه دون الأخری حتی أعِدّوا للقتال إلی أن اتّفقوا علی قضاء «محمّد صلَّی الله علیه و آله و سلَّم» و هو ابن خمس و ثلاثین سنهٔ. «۱»

۳- لما انسحب جیش قریش و یهود خیبر عن المدینهٔ و ترکوا حلیفهم «بنی قریظهٔ» فی المدینهٔ و هم قد نقضوا عهدهم مع المسلمین فی غزوهٔ الأحزاب، حاصرهم رسول الله خمساً و عشرین لیلهٔ حتّی جهدتهم الحصارهٔ و قذف الله فی قلوبهم الرعب، فنزلوا علی حکم سعد بن معاذ، و قبله الرسول صلَّی الله علیه و آله و سلَّم فحکم فی حقّهم بما هو المعروف فی تاریخ السیرهٔ. «۲»

۴- و لعلّ نزول الإمام علی علیه السلام و معاویهٔ علی حکم الحکمین مشروطاً بشروط، من هذا القبیل.

إنّ هذا المقدار من الشواهد التاریخیهٔ یثبت جوازها، أضف إلیه، أنّ الرجوع

---

(۱) ابن هشام: السیرهٔ النبویهٔ ۱/ ۱۹۷.

(۲) ابن هشام: السیرهٔ النبویهٔ ۲/ ۲۳۹.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۱۱۶

إلی الحکم الحرّ أمر رائج بین الأُمم و من البعید أن یکون غیر مشروع فی الإسلام.

نعم هناک روایات ربّما تحمل علی قاضی التحکیم:

۱- روی أبو بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام قال فی رجل کان بینه و بین أخ له مماراهٔ فی حقّه فدعاه إلی رجل من إخوانه لیحکم بینه و بینه، فأبی إلّا أن یرافعه إلی هؤلاء: کان بمنزلهٔ الذین قال الله عزّ و جلّ: (أَ لَمْ تَرَ إِلَی الَّذِینَ یَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمٰا أُنْزِلَ إِلَیْکَ وَ مٰا أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِکَ یُرِیدُونَ أَنْ یَتَحٰاکَمُوا إِلَی الطّٰاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ یَکْفُرُوا بِهِ) «۱»، «۲»

۲- روی أبو بصیر قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام: قول الله عزّ و جلّ فی کتابه: (وَ لٰا تَأْکُلُوا أَمْوٰالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْبٰاطِلِ وَ تُدْلُوا بِهٰا إِلَی الْحُکّٰامِ) «۳» فقال: «یا أبا بصیر إنّ الله عزّ و جلّ قد علم أنّ فی الأُمّهٔ حکّاماً یجورون أمّا أنّه لم یعن حکّامَ العدل و لکنّه عنی حکّام أهل الجور یا أبا محمد! انّه لو کان لک علی رجل حقّ فدعوته إلی حکّام العدل فأبی علیک إلّا أن یرافعک إلی حکّام أهل الجور لیقضوا له لکان ممن حاکم إلی الطاغوت ...». ۴

۳- روی الحلبی قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام: ربّما کان بین الرّجلین من أصحابنا المنازعهٔ فی الشیء فیتراضیان برجل منّا فقال: «لیس هو ذاک إنّما هو الذی یجبر الناس علی حکمه بالسیف و السوط». ۵

أقول: الروایات تحتمل وجهین:

۱- إنّها واردهٔ فی قاضی التحکیم فإنّ مقوّمه عبارهٔ عن أُمور ثلاثهٔ: أکونه غیر منصوب. ب کونه جامعاً للشرائط. ج تراضی المتخاصمین علی قضائه. و الموارد فیها جامع لها.

---

(۱) النساء: ۶۰.

(۲) ۲ و ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۲ و ۳.

(۳) البقرهٔ: ۱۸۸.

(۴) ۵ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۸.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۱۱۷

۲- إنّها واردهٔ فی القاضی المأذون و هو یتقوّم بالشرطین الأوّلین و لا یتوقف علی التراضی، غیر أنّ أخذ الثالث فیها لأجل أنّه لولاه لما یثمر الرجوع إلیه إلّا إذا کانا متدینین معتنقین و هو قلیل.

و الظاهر أنّها واردهٔ فی القاضـی المأذون و أنّ وزانها وزان المقبولـهٔ و روایتی أبی خدیجهٔ حیث جاء فیها أیضاً، قید التراضـی و ما هذا إلّا لأجل أن یکون الرجوع مفیداً و مثمراً و إلّا سواء تراضیا أم لا فإنّ العمل بقولهم من واجبهم.

المقبولهٔ و قاضی التحکیم

و لمّا بلغ الکلام إلی المقبولهٔ و روایتی أبی خدیجهٔ فَلْندرسها فإنّ بعض الأعاظم، حاول تطبیق ما ورد فی باب القضاء من إرجاع الناس إلی الفقیه الجامع للشرائط علی قاضی التحکیم فلنبحث فی المقبولهٔ و غیرها.

أمّا المقبولهٔ فالذی یوهم کون موردها من قبیل قاضی التحکیم أمران:

۱- قوله علیه السـلام: «فلیرضوا به حکماً، فإنّی قد جعلته علیکم حاکماً». «۱» فإنّ رأی القاضی المنصوب و المأذون نافذ شرعاً رضیا به أم لا.

۲- فرض تعـدّد القاضـی حیث قـال: فـإن کـان کل واحـد، اختار رجلًا من أصـحابنا فرضـیا أن یکونا الناظرین فی حقّهما و اختلفا فیما حکما و کلاهما اختلفا فی حدیثکم.

فقال: «الحکم ما حکم به أعدلهما، و أفقههما و أصدقهما فی الحدیث و أورعهما و لا یلتفت إلی ما یحکم به الآخر». «۲»

وجه الدلالهٔ: إنّ اختیار کل من الطرفین رجلًا لا یصحّ فی القاضی المنصوب

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۱۱۸

بل یجب علیهما فیه الرجوع إلی قاض واحد، فالقاضی المنصوب و إن کان یتعدّد وجوداً لکن لا یتعدّد رجوعاً.

یلاحظ علی الوجه الأوّل: أنّ المراد هو القاضـی المأذون و بما أنّ قضاءه نافـذ شـرعاً، لا عرفاً و قانوناً و لیست الدولـهٔ وراءه، أمر الإمام المتخاصمین بالتراضی حتی یکون جابراً لما یفوته من القدرهٔ الظاهریهٔ.

یلاحـظ علی الوجه الثـانی: أنّه لو کان المختلفان فی الرأی من قبیل قاضـی التحکیم، لما وجب علی أحـد المتخاصـمین الأخـذ بالقول الأرجـح، لأنّه رضـی بالراجـح لا بالأرجـح. و بعبارهٔ أُخری رضـی بقضاء العادل الفقیه الصادق الورع لا بقضاء الأعـدل الأفقه الأصدق الأورع، فإلزامه بالأخذ لا یتفق مع کونه قاضی التحکیم، فلا مناص من إرجاعه إلی القاضی المأذون.

روایتا أبی خدیجهٔ و قاضی التحکیم

قد ورد فی إحدی روایتیه: «فاجعلوه بینکم فإنّی قد جعلته قاضـیاً فتحاکموا إلیه» «۱» و فی الأُخری: «اجعلوا بینکم رجلًا قد عرف حلالنا و حرامنا فإنّی قد جعلته علیکم قاضیاً». «۲»

وجه الدلالهٔ أنّه أمرهما بجعله قاضیاً فإنّ القاضی المنصوب و المأذون، لا یحتاج إلی جعل المتخاصمین.

یلاحـظ علیه: أنّ الـدعوهٔ إلی الجعـل، لیس لأجـل مـدخلیته فی مشـروعیهٔ القضـاء کمـا هو الحال فی مورد التحکیم، و إنّما هی لأجل تدارک ما یفوت المأذون من القوّهٔ المجریهٔ، حتی یقوم إقدامهما بالجعل مقامها.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۵.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۶.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۱۱۹

۳ روایهٔ داود بن الحصین و قاضی التحکیم

روی داود بن الحصین عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی رجلین اتّفقا علی عدلین جعلاهما بینهما فی حکم وقع بینهما فیه خلاف فرضیا بالعدلین فاختلف العدلان بینهما، عن قول أیّهما یمضی الحکم؟ قال: «ینظر إلی أفقههما و أعلمهما بأحادیثنا و أورعهما فینفذ حکمه و لا یلتفت إلی الآخر». «۱»

و لیس الموهم إلّا قوله: فرضیا و قد عرفت وجهه.

أضف إلیه أنّه جزء من روایهٔ المقبولهٔ، لأنّ الراوی لها عن عمر بن حنظلهٔ هو داود بن الحصین، فنقل جزء منها، بحذف آخر السند، أو سقوطه من قلم النساخ، فیأتی فیها ما قلناه فی المقبولهٔ.

و بذلک یعلم حال روایهٔ موسی بن اکیل «۲» فلا نطیل الکلام.

فاتّضحت أنّه لا ـ وجه لحمل تلک الروایات الواردهٔ فی القاضی المأذون علی قاضی التحکیم و لیس القاضی منحصراً بالمنصوب و التحکیم حتی یدور الأمر بینهما کما ربّما یبدو من بعضهم فهناک قسم ثالث و هو القاضی المأذون و الروایات وردت فی حقّه.

الجهة الخامسهٔ: فی بیان ما هو الشرط فی قاضی التحکیم

هل یشترط فی قاضی التحکیم، کل ما یشترط فی القاضی المنصوب، سوی کون الثانی منصوباً دون الأوّل، أو لا یشترط فیه سوی الأمور العامّهٔ من العقل و البلوغ و الإسلام و الإیمان؟

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۲۰.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۴۵.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۱۲۰

صریح المحقّق هو الأوّل، قال: یشترط فیه ما یشترط فی القاضی المنصوب عن الإمام علیه السلام «۱» و قال الشهید فی المسالک: «و اعلم أنّ الاتّفاق واقع علی أنّ قاضی التحکیم یشترط فیه ما یشترط فی القاضی المنصوب من الشرائط التی من جملتها کونه مجتهداً». «۲»

و الحق هو الاشتراط و الدلیل حسب ما استظهرنا من عمومات نفوذ قضاء الفقیه، واضح، لما مرّ من أنّ الموضوع لنفوذ القضاء هو الصادر عن الکتاب و السنّهٔ الذی یعبّر عنه الیوم بالفقیه الجامع للشرائط أو المجتهد، من غیر فرق بین زمان الحضور (من عصر الصادق بل قبله أیضاً لوحدهٔ الحکم فی جمیع الأزمنهٔ) و زمان الغیبهٔ، غیر أنّ الظروف الخاصهٔ کبسط الید، أو قیام الدولهٔ الحقّهٔ قسّمه إلی منصوب و غیر منصوب، و إلّا فالجمیع داخل تحت عنوان الفقیه و لا یمنع عن قضاء غیر المنصوب، شیء سوی إیصاد باب الفوضی، و عند ذلک، یکون دلیل الشروط فی الجمیع واحداً، فلو کان شیء شرطاً فی المنصوب یکون شرطاً فی غیره لکونه شرطاً لنفوذ قضائه لا للنصب.

ثمّ إنّ صاحب الجواهر استظهر من روایتی أبی بصیر و الحلبی الماضیهٔ، عدمَ اشتراط أی شیء خاص فی قاض التحکیم سوی الشروط

العامـة من البلوغ و العقل و الإسـلام و الإيمان، قائلًا بأنّ الموضوع فى الروايـة الأولى لأبى بصـير هو الـدعوة إلى قضاء الأخ فقط حيث قـال: «فـدعاه إلى رجل من إخوانه ليحكم بينه و بينه» «۳» كما أنّ الموضوع فى الروايـة الثانيـة له هو كونه حاكماً بالعـدل كما قال: «لو كان لك على رجل حقّ فدعوته إلى حكام أهل العدل ...». ۴ و الموضوع فى الثالث هو «رجل من الشيعة» كما قال: «فيتراضيان برجل منّا» ۵ فإنّ مفاد هذه الروايات

---

(۱) النجفى: الجواهر: ۴۰/ ۲۸ قسم المتن.

(۲) زين الدين العاملى: المسالك: ۲/ ۳۹۰.

(۳) ۳ و ۴ و ۵ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۲، ۳، ۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۲۱

أنّهم أذنوا لشيعتهم أجمع، الحكم به و أنّ المدار هو القضاء بأحكامهم لا «۱» بغيرها.

يلاحـظ عليه أوّلًا: ما عرفت من عـدم ثبوت ورود هـذه الروايات فى مورد قاضـى التحكيم، بل هو أحـد الاحتمالين، و الاحتمال الآخر كونها واردة فى حقّ القاضـى المأذون و أخـذ قيـد «الـدعوة إلى الأخ»، و «حكّام العدل» أو «برجل منّا»، لتدارک ما يفوت المأذون من القوّة و القدرة، على ما تقدّم.

و ثانيـاً: أنّ الروايات بصـدد بيان أصـناف القضاة و أنّه لا يجوز الرجوع إلى حكّام الجور، بل يجب الرجوع إلى حكّام العـدل، و أمّا ما هو شـرائط أُولئک الحكّام؟ فليست الروايات بصـدد بيانها، بل يمكن الاستئناس من عطف أحـد الحكّام على الآخر، وحـدة حكمهما، لأنّ حكّام الجور يوم ذاک كانوا من فقهاء العامة و من الذين كانوا يصدرون عن الكتاب و السنّة فليكن حكّام العدل أيضاً مثلهم.

إنّ المحقّق الخوئى ممن ذهب إلى عـدم شـرطية الاجتهاد فى قاضـى التحكيم، اعتماداً بروايـة أبى خديجـة الّتى جاء فيها قوله: «و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شـيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم» «۲» حيث حملها على قاضـى التحكيم، و قد مرّ الكلام فيها و أنّه لا يصح الاحتجاج بها، لأجل احتمال وحدة الروايتين و تردّد اللفظ الصادر عن أئمة أهل البيت بين دال على شرطية الاجتهاد و عدمه.

الجهة السادسة: فى اشتراط الرضا بعد القضاء و عدمه

المشـهور، عدم اشتراط الرضا بعد القضاء قال الشـيخ فى المبسوط: إذا ترافع نفسان إلى رجل من الرعيّة فرضيا به حكماً بينهما و سألاه أن يحكم لهما بينهما جاز و إنّما يجوز أن يرضيا بمن يصلح أن يلى القضاء و هو أن يكون من أهل العدالة

---

(۱) النجفى: الجواهر: ۴۰/ ۳۰.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۲۲

و الكمال و الاجتهاد، على ما شـرحناه من صـفة القاضى، لأنّه رُضى به قاضياً فأشبه قاضى الإمام، و لا فصل بين أن يرضيا به فى بلد فيه حاكم سواه أو لا حاكم فيه، الباب واحد لأنّه إذا كان ذلک إليهما فى بلد لا قاضى به، كذلک فى بلد به قاض.

فإذا ثبت أنّه جائز فإذا نظر بينهما فمتى يلزم حكمه فى حقّهما؟ قال قوم: بالرضا بما حكم به بعد حكمه. و قال آخرون: يلزم حكمه بما يلزم به حكم الحاكم و هو إذا أمضاه هو عليهما لما روى عن النبىّ صـلّى الله عليه و آله و سـلّم أنّه قال: «من حكم بين اثنين تراضـيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله» فلولا أنّ حكمه بينهما يلزم، ما تواعده باللّعن عند الجور. «۱»

و قال فى الخلاف: إذا تراضـى نفسان برجل من الرعيّـة يحكم بينهما و سألاه الحكم بينهما، كان جائزاً بلا خلاف فإذا حكم بينهما لزم

الحکم و لیس لهما بعد ذلک خیار و للشافعی فیه قولان: أحدهما أنّه یلزم بنفس الحکم کما قلناه و الثانی: یقف بعد إنفاذ حکمه علی تراضیهما، فإذا تراضیا بعد الحکم لزم. «۲»

و قال المحقّق: و لا یشترط رضاهما بعد الحکم. «۳»

و قال العلّامة فی القواعد: و لا یجوز نقض ما حکم به ممّا لا ینتقض فیه الأحکام و إن لم یرضیا بعده إذا کان بشرائط القاضی المنصوب فی الإمام. «۴»

و قال الشهید: قضاء التحکیم و هو سائغ و إن کان فی البلد قاض و یلزم الخصمین المتراضیین به حکمه حتّی فی العقوبة و هل یشترط رضاهما بعد الحکم؟ الأقرب لا. «۵»

و قال الأردبیلی: مضی حکمه بینهما و لیس لهما نقضه بعده و لا یشترط الرضا

---

(۱) الطوسی: المبسوط ۸/ ۱۶۴.

(۲) الطوسی: الخلاف ۳، کتاب القضاء، المسألة ۴۰.

(۳) النجفی: الجواهر ۴۰/ ۲۳، قسم المتن.

(۴) العاملی: مفتاح الکرامة ۱۰/ ۳، قسم المتن.

(۵) الشهید: الدروس ۲/ ۱۸۱۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۲۳

بعد الحکم علی المشهور و لا یجوز لهما خلاف ذلک. «۱»

و قال الشهید الثانی فی الروضة: و هل یلزم حکمه بنفس الحکم، کحکم القاضی أو لا یلزم إلّا بتراضیهما بعد الحکم؟ فیه قولان و یقال وجهان: أظهرهما الأوّل. «۲»

نعم قال العلّامة فی التحریر: و لو تراضی خصمان بواحد من الرعیّة و ترافعا إلیه فحکم لم یلزمهما الحکم و إن کان غائباً. «۳»

و مع ذلک فالحقّ هو عدم الحاجة إلی التراضی، و ذلک لوجهین:

۱- إنّ قاضی التحکیم، لیس موضوعاً جدیداً بل هو و القاضی المنصوب من أقسام القاضی المأذون فی عصر الغیبة، غیر أنّ حفظ النظم، ألجأ غیر المنصوب الی الانسحاب من ساحة القضاء مع أنّ له أهلیّة القضاء و صلاحیته فإذا قضی فی مورد لا تشمله أدلّة المنع، تعمّه أدلّة نفوذ القضاء و أنّه: «إذا حکم بحکمنا فلم یقبل منه فإنّما استخف بحکم الله و علینا ردّ و الرادّ علینا الرادّ علی الله». «۴»

۲- إذا کان نفوذ الحکم منوطاً بتراضی الطرفین، تلزم لغویة القضاء لأنّه لا یخلو إمّا أن یحصل التراضی أو لا. فعلی الأوّل، یکون الفاصل، هو التراضی دون القضاء و یکون القضاء بمنزلة الإفتاء، و علی الثانی، یطرح و یکون بلا أثر.

و إلی ما ذکرنا یشیر الشیخ فی الخلاف و یقول: و أیضاً لو کان الحکم لا یلزم بنفس الالتزام و الانقیاد، لما کان للترافع إلیه معنی فإن اعتبر التراضی کان ذلک موجوداً قبل الترافع إلیه. «۵»

---

(۱) الأردبیلی: مجمع الفائدة ۲/ ۱۸۲.

(۲) زین الدین: الروضة ۳/ ۷۱.

(۳) التحریر: کتاب القضاء ۱۸۰.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۱.

(۵) الطوسی: الخلاف، کتاب القضاء، المسألة ۴۰.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۲۴

فإن قلت: إنّ قوله عليه السلام فى صحيح الحلبى: «ليس هو ذاك، إنّما هو الذى يجبر الناس على حكمه بالسيف و السوط» «۱» إذا كان وارداً فى قاضى التحكيم يكون مفاده شرطية النفوذ بالتراضى.

قلت: مضافاً إلى ما عرفت من أنّ الحديث يحتمل أمرين، أنّ الفقرة عنوان مشير إلى السلطات الجائرة، الذين كانوا يجبرون الناس على أحكامهم الباطلة بالسيف و السوط، و إلّا فهل يمكن لأحد أن ينكر لزوم القوّة و القدرة فى إجراء الأحكام الحقّة؟ قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «الخير كلّه فى السيف و تحت ظلّ السيف و لا يقيم الناس إلّا السيف». «۲»

الجهة السابعة: نفوذ حكمه بحقوق الناس و عدمه

اشارة

الظاهر من كلمات الأصحاب نفوذ حكمه مطلقاً. قال المحقّق يعمّ الجواز كل الأحكام. «۳»

و قال العلّامة فى القواعد: «لزمهما حكمه فى كل الأحكام حتّى العقوبات». «۴» و قال شارح القواعد: «و المراد بالعقوبة فى كلام المصنف، الحبس و إقامة الحدود و التعزير و النفوذ نفساً و طرفاً» و قال (المصنّف) فيما بعد: «و هل له الحبس و استيفاء العقوبة إشكال» فلا أراه إلّا رجوعاً. ۵

و قال فى الدروس: «و يلزم الخصمين المترافعين به حكمه حتى فى العقوبات». ۶

و قال فى المسالك: «و ظاهر الأصحاب و صريح بعضهم ثبوت هذا الحكم فى

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۸.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۱ الباب ۱ من أبواب جهاد العدو، الحديث ۱.

(۳) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ۶۸.

(۴) ۴ و ۵ العاملى: مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۳۰ متناً و شرحاً.

(۵) ۶ مكى العاملى: الدروس: ۲/ ۶۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۲۵

جميع ما يقع فيه التداعى من المال و النكاح و القصاص و الحدود و غيرها لوجود المقتضى فى الجميع و عموم الخبر، و استشكل العلّامة ثبوته فى الحبس و استيفاء العقوبة من حيث إنّه ولاية شرعية و أمر خطير فلا يصلح أن يكون لغير الحاكم الشرعى و هو قول لبعض الشافعية نعم يختصّ بحقّ الآدمى حيث إنّه يتوقّف على نصب المتخاصمين فلا يحكم فى حقوق الله تعالى إذ ليس لها خصم معيّن، و يختصّ حكمه بمن رضى فلا يضرب دية القتل خطأ على العاقلة إذا لم يرضوا بحكمه و لا يكفى رضى القاتل. «۱»

و يظهر نظرنا فى المقام ممّا ذكرناه فى الجهات السابقة و هو نفوذ رأيه و قضائه فى جميع الموارد، إلّا فيما إذا لم يكن فى المورد مشتك، و ذلك لأنّه لا يقصر عن القاضى المنصوب قدر شعرة و ربّما يترجّح عليه و إنّما عاقه عن التصدى صيانة النظام عن تسرّب الفوضى إليه، فإذا كان المانع مفقوداً، فيكون قضاؤه نافذاً.

نعم فيما إذا لم يكن هنا أىّ مشتك، فلا موضوع للتحكيم كما لا يخفى.

فی نفوذ قضاء الفقیه الإمامی: القاضی المأذون

اشارة

قد عرفت أنّ القاضی ینقسم إلی قاض منصوب یختصّ بزمان الحضور مع بسط الید، و قاضی التحکیم یتوقّف نفوذ قضائه علی رضاء الطرفین و هو یختصّ عند الأصحاب بزمان الحضور، مع عدم بسطها و قد عرفت إمکان تصویره فی زمان الغیبة أیضاً کما تقدّم و قاض مأذون من جانبهم و منصوب عنهم بالنصب العام، لا الخاص و لأجل التفریق بین القسمین نسمّیه بالمأذون لا بالمنصوب و إلّا فالنصب ممّا لا بدّ منه عموماً أو خصوصاً و ما فی المسالک: «و أمّا مع عدم تمکّن ذلک إمّا لغیبته أو لعدم بسط یده، فیسقط هذا الشرط من جملة الشرائط و هو نصب الإمام له» محمول علی سقوط النصب الخاص لا العام و إلّا فیفقد الولایة

---

(۱) زین الدین: المسالک ۲/ ۳۸۹-۳۹۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۲۶

کما سیوافیک توضیحه. و علی کل تقدیر یقع الکلام فی جهات:

الجهة الأُولی: فی نقل کلمات الأصحاب فی نفوذ قضاء الفقیه

اتّفق الأصحاب علی أنّه ینفذ قضاء الفقیه من فقهاء أهل البیت علیهم السَّلام الجامع للصفات المشروطة فی الفتوی:

۱- قال المحقّق: فمع عدم حضور الإمام علیه السلام ینفذ قضاء الفقیه من فقهاء أهل البیت الجامع للصفات المشترطة فی الفتوی. «۱»

۲- قال ابن سعید: فإن تنازع المؤمنون حال انقباض ید الإمام علیه السلام فالحاکم من روی حدیثهم و عرف أحکامهم و الرادّ علیه کالرادّ علیهم. «۲»

۳- قال العلّامة فی الإرشاد: و فی حال الغیبة ینفذ قضاء الفقیه من علماء الإمامیة الجامع لشرائط الفتوی. «۳»

۴- قال فی القواعد: و فی حال الغیبة ینفذ قضاء الفقیه الجامع لشرائط الإفتاء. «۴»

۵- قال الشهید فی الدروس: و فی غیبة الإمام ینفذ قضاء الفقیه الجامع للشرائط. «۵»

۶- قال الشهید الثانی: و ینفذ عندنا قضاء الفقیه العدل الإمامی الجامع لباقی الشرائط و إن لم یتراض الخصمان. «۶»

۷- قال المحقّق الأردبیلی معلّقاً علی قول العلّامة فی الإرشاد: دلیله کأنّه الإجماع و الأخبار المتقدّمة الدالّة علی جعله العالم بالأحکام قاضیاً و حاکماً و أنّ

---

(۱) نجم الدین الحلّی: الشرائع ۴/ ۶۸.

(۲) ابن سعید الحلّی: الجامع للشرائع ۵۳۱.

(۳) العلّامة: إرشاد الأذهان.: ۲/ ۱۳۸.

(۴) مفتاح الکرامة، قسم المتن ج ۱۰/ ۳.

(۵) مکی العاملی: الدروس ۲/ ۶۷.

(۶) زین الدین العاملی: المسالک ۲/ ۳۹۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۲۷

خلافه لا یجوز بل الرادّ علیه هو الرادّ علی الله و هو علی حدّ الشرک بالله و إن لم یکن سندها معتبراً علی ما عرفت إلّا أنّ مضمونها

موافق للعقل و كلامهم و قواعدهم المقرّرة. «١»

الجهة الثانية: فى إغناء الإذن عن النصب

التصفح فى كلمات الأصحاب يعرب عن اتّفاقهم على إغناء الإذن العام عن النصب قال الشهيد الثانى: أمّا مع عدم ذلك (التمكّن من الإمام) إمّا لغيبته أو لعدم بسط يده فيسقط هذا الشرط من جملة الشرائط و هو نصب الإمام له. «٢»

و قال المحقق الأردبيلى عند البحث فى روايات المقام: لعلّهم خصّوا بحال الغيبة و عدم إمكان النصب و الإذن للإجماع و نحوه. «٣»

أقول: مرادهم من الغناء عن النصب، نصب الإمام المعصوم و ذلك لعدم التمكّن و لكن لا يستلزم ذلك، الغنى عن النصب مطلقاً و لو عن جانب الحاكم الأعلى إذا قامت دولة حقّ للإسلام يرأسها فقيه جامع للشرائط، فإنّ صيانة النظام عن تسرّب الفوضى يقتضى توقف النفوذ على نصب الحاكم الأعلى و ذلك لا لعدم المقتضى، بل لرعاية المصالح الملزمة.

الجهة الثالثة: فى سعة نفوذ قضائه

لا شكّ فى نفوذ قضاء الفقيه فى الجملة، و إنّما الكلام فى سعة نفوذه فيظهر منهم أنّه نافذ حتى فى الموارد التالية:

١- ينفذ حكمه على مجتهد آخر يخالفه فى الرأى.

---

(١) الأردبيلى: مجمع الفائدة ١٢/ ١٨.

(٢) زين الدين العاملى: المسالك ٢/ ٣٩٠.

(٣) الأردبيلى: مجمع الفائدة ١٢/ ١٨.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٢٨

٢ ينفذ حكمه على مقلد مجتهد آخر يخالفه فى الرأى.

٣- لا- يجوز نقض حكمه بحكم آخر إلّا إذا علم علماً قطعياً بمخالفته للواقع بأن كان مخالفاً للإجماع المحقّق أو الخبر المتواتر أو تبيّن تقصيره فى الاجتهاد، ففى غير هاتين الصورتين لا يجوز نقضه و إن كان مخالفاً لدليل قطعى نظرى كإجماع استنباطى أو خبر محفوف بقرائن و أمارات قد توجب القطع مع احتمال عدم حصوله للحاكم الأوّل أخذاً بإطلاق عدم جواز ردّ حكم الحاكم الذى منه نقضه إلّا إذا حصل القطع بكونه على خلاف الواقع فلا يكفى فى جواز النقض كون الدليل علمياً لبعض دون بعض. «١»

٤- لا يجوز نقض الحكم بالفتوى المخالف.

٥- يجوز نقض الفتوى بالحكم فى مورد ذلك الحكم مثلًا إذا ترافع شخصان على بيع شىء من المائعات و قد لاقى عرق الجنب من حرام مثلًا عند من يرى طهارته فحكم بذلك كان محكوماً بالطهارة للمحكوم عليه و إن كان مجتهداً يرى نجاسته أو مقلّد مجتهد كذلك، لإطلاق دليل ما دلّ على وجوب قبول حكمه و أنّه حكمه و الرادّ عليه كالرادّ عليهم و يخرج حينئذ هذا الجزئى من كل الفتوى بأنّ المائع الملاقى عرق الجنب عن حرام، نجس فى حقّ ذلك المجتهد و مقلّدته و كذا البيوع و الأنكحة و الطلاق و الوقوف و غيرها و هذا معنى وجوب تنفيذ الحاكم الثانى ما حكم به الأوّل و إن خالف رأيه ما لم يعلم بطلانه. «٢»

و بما أنّ المحقّق و شرّاح الشرائع بحثوا عن هذه الأحكام بعد الفراغ عن صفات القاضى و آدابه، فى ضمن المسألة الثالثة، فنحن أيضاً نقتفى أثرهم فانتظر.

---

(١) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/ ٢٦.

(۲) النجفی: الجواهر ۴۰/ ۹۸ و وافقه السیّد الطباطبائی فی ملحقات العروة: ۲/ ۲۷، المسألة ۳۵، و لاحظ العروة الوثقی قسم التقلید، المسألة ۵۵، فقد أفتی فیها السید بفساد المعاملة من رأس، و هو ینافی مع ما ذکره فی المقام و سیوافیک تفصیله فی محلّه.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۲۹

الجهة الرابعة: فی حرمة الترافع إلی حکّام الجور

اشارة

یحرم الرجوع إلی حکّام الجور إجمالًا و إلیک کلمات الفقهاء:

۱- قال المحقّق: و لو عدل إلی قضاة الجور و الحال هذه کان مخطئاً. «۱»

۲- قال أبو سعید: و لا یجوز الترافع إلّا إلی الإمام أو نائبه، و من أذن له. «۲»

۳- قال العلّامة: و من عدل عنه إلی قضاة الجور کان عاصیاً. «۳»

۴- قال الشهید الثانی بعد نقل روایة أبی خدیجة و المقبولة: و قد ظهر منها الحکم بتخطئة التحاکم إلی أهل الجور. «۴»

۵- قال المحقّق الرشتی: لا- یجوز الترافع و التحاکم إلی حکّام الجور فی حال الاختیار أی مع إمکان الرجوع إلی حکّامنا بالأدلّة الأربعة. «۵»

۶- قال السیّد الطباطبائی: لا- یجوز الترافع إلی قضاة الجور اختیاراً و لا یحلّ ما أخذه بحکمهم إذا لم یعلم بکونه محقّاً إلّا من طرف حکمهم. «۶»

إلی غیر ذلک من الکلمات الواردة فی الکتب الفقهیة فی عنوان المسألة و یدل علی التحریم: الکتاب و السنّة و العقل.

أمّا الکتاب فقوله سبحانه: (أ لَمْ تَرَ إِلَی الَّذِینَ یَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِما أُنْزِلَ إِلَیْکَ وَ ما أُنْزِلَ مِنْ قَبْلِکَ یُرِیدُونَ أَنْ یَتَحاکَمُوا إِلَی الطّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ یَکْفُرُوا بِهِ وَ یُرِیدُ الشَّیْطانُ أَنْ یُضِلَّهُمْ ضَلالًا بَعِیداً). (النساء/ ۶۰). و روی المفسّرون أنّه کان بین رجل من الیهود و رجل من المنافقین خصومة فقال الیهودی: أُحاکم إلی

---

(۱) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۶۸.

(۲) أبو سعید الحلی: الجامع للشرائع ۵۳۰.

(۳) العلّامة: الایضاح ۴/ ۲۹۴، قسم المتن.

(۴) زین الدین العاملی: المسالک ۲/ ۳۹۰.

(۵) الرشتی: القضاء: ۱۴.

(۶) السید الطباطبائی: ملحقات العروة ۲/ ۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۳۰

محمّد لأنّه علم أنّه لا یقبل الرشوة و لا یجور فی الحکم فقال المنافق: لا! بل بینی و بینک کعب بن الأشرف لأنّه علم أنّه یأخذ الرشوة. «۱» و مورد الآیة و إن کان هو الیهود لکن المتفاهم هو کل من یحکم بغیر الحقّ. قال الطبرسی: و الطاغوت یوصف به أیضاً کل من طغی بأن حکم بخلاف حکم الله، و صریح الآیة أنّه لا- یجتمع الإیمان بما أنزل الله إلی نبیّه و الأنبیاء السالفین، مع التحاکم إلی الطاغوت، بل لا یجتمع زعم الإیمان بالله مع إرادة التحاکم إلیه، فإذا لم یجتمع زعم الإیمان معه، فکیف یجتمع الإیمان مع الرجوع، و ذکر زعم الإیمان دون الإیمان نفسه لأجل الإیعاز إلی نفاقه.

و أمّا من السنّة فیکفی فی ذلک، ما فی المقبولة: «من تحاکم إلیهم فی حقّ أو باطل فإنّما تحاکم إلی طاغوت و ما یحکم له فإنّما

يأخذ سحتاً و إن كان حقّه ثابتاً لأنّه أخذه بحكم الطاغوت و قد أمر الله أن يكفر به». «۲» أضف إلى ذلك رواية أبى خديجة ۳ و صحيح الحلبى ۴ و روايتى أبى بصير ۵ و ۶ و داود بن الحصين ۷ و خبر موسى بن أكيل النميرى ۸ التى تقدمت و غير ذلك من الروايات الواردة فى المقام.

و أمّا من العقل، فإنّ حكم الجائر بينهما حرام و الترافع إليه يقتضى ذلك فيكون اعانة على الإثم و هى منهىّ عنها.

و أورد عليه فى الجواهر: بمنع الصغرى أوّلًا و منع حرمة الكبرى ثانياً ۹

أقول: إنّ المستدل تارة يستدلّ بحكم العقل على حرمة مقدّمة الحرام، و أُخرى بما دلّ على حرمة التعاون على الإثم و العدوان و إن كان ظاهر كلامه هو الثانى، فعلى الأوّل لا وجه للشك فى كونه مقدّمة للحرام، و أمّا الكبرى فلو قلنا

---

(۱) الطبرسى: مجمع البيان ۲/ ۶۶.

(۲) ۲ و ۳ و ۴ و ۵ و ۶ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۴، ۵، ۸، ۲، ۳.

(۳) ۷ و ۸ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۲۰، ۴۵.

(۴) ۹ الاستدلال من المحقق السبزوارى نقله فى الجواهر ۴۰/ ۳۵ و أورد عليه بما عرفت.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۳۱

بحرمة مطلق المقدّمة أو الجزء الأخير منها فهو حرام أيضاً لأنّ المقصود من الترافع ليس مجرّد الرجوع إلى محكمته، بل طرح الدعوى بالإتيان بالشاهد أو تحليف المنكر و لا شكّ أنّه الجزء الأخير من مقدّمات الأمر المحرّم أعنى: حكم الجائر.

و على الثانى فلمنع كل من الصغرى و الكبرى وجه و إن كان غير مرضىّ عندنا أمّا منع الصغرى فلأنّ المحرم حسب ظاهر الآية، هو المعاونة القائمة بالطرفين، لا الإعانة القائمة بالطرف الواحد كما فى المقام أمّا منع الكبرى فلاحتمال كون النهى تنزيهياً، كالأمر الوارد فى عدله أعنى: (وَ تَعاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوى) (المائدة/ ۲).

يلاحظ على الأوّل: أنّ التعاون كما يصدق فى مورد الاجتماع على الإتيان بالإثم و العدوان كأن يجتمعوا على قتل النفوس و نهب الأموال كذلك يصدق إذا قام واحد بالعمل مستقلًا و أعان آخرون عليه و الحاصل أنّه يصدق فيما اشتركوا فى الإتيان بالمحرّم و فيما إذا اشتغل واحد، و أعان الآخر عليه، قال فى اللسان: «تعاونوا: أعان بعض بعضاً» «۱»

و الذى يدلّ على ذلك أنّ أمين الإسلام فسّره بنحو عام و قال: أمر الله عباده بأن يعيّن بعضهم بعضاً، على البرّ و التقوى أو هو العمل بما أمرهم الله تعالى به، و اتقاء ما نهاهم عنه، و نهاهم أن يعين بعضهم بعضاً على الإثم و هو ترك ما أمرهم به و ارتكاب ما نهاهم عنه من العدوان و هو تجاوز ما حد الله لعباده فى دينهم و فرض لهم فى أنفسهم. «۲»

و يلاحظ على الثانى: بأنّ الموضوع لا يناسب كون النهى تنزيهياً و هو التعاون على الإثم و العدوان و عندئذ لا يكون الصدر قرينة على الذيل.

إلى هنا تمّ بيان ما دلّ على حرمة الترافع إلى قضاة الجور، غير أنّ للمسألة صوراً فيقع الكلام فى كون الحكم عاماً لجميع الصور أمكن الرجوع إلى الفقيه

---

(۱) ابن منظور: لسان العرب: ۱۳/ ۲۹۹.

(۲) الطبرسى: مجمع البيان: ۲/ ۱۵۵ ط صيدا.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۳۲

الإمامى أو لا. و أيضاً إذا ترافع إليهم، هل يكون ما يأخذه بحكمه حراماً و سحتاً من غير فرق بين الدين أو عين ماله. أو يفرق بينها؟ و

لأجل إيضاح الحال نقول:

إنّه تارة يتمكّن من استيفاء حقّه من الرجوع إلى الفقيه الإمامى و أُخرى لا يتمكّن من ذلك، و على كل تقدير تارة يكون محقّاً قبل الترافع و أُخرى يكون محقّاً بالترافع، و على جميع التقادير، فتارة يكون المأخوذ بحكمهم، هو عين ماله الذى كان استولى عليه الطرف، و أُخرى يكون دينه الذى كان عليه و يتشخص بالترافع و القضاء عليه. هذه هى الصور المطروحة

و نبحث عن الجميع فى ضمن صور أربع:

الأُولى: إذا تمكّن من استيفاء حقّه بالرجوع إلى الفقيه الإمامى و كان محقّاً قبل الترافع،

عالماً بأنّ العين الفلانى الذى فى يد المدّعى عليه ماله، أو أنّ له مالًا فى ذمّته فلا شكّ أنّ الرجوع إليهم حرام للأدلة السابقة، و المأخوذ بحكمه حرام أيضاً، كيف و قد أسماه الإمام سحتاً؟ فقال: و ما يحكم له فإنّما يأخذه سحتاً و إن كان حقّه ثابتاً لأنه أخذه بحكم الطاغوت و قد أمر الله أن يكفر به. «۱»

و احتمال اختصاص الرواية بما إذا ثبت كونه محقّاً بالترافع، لا من كان محقّاً قبله يردّه ظهور الرواية فى كونه محقاً قبله قال: «و إن كان حقّه ثابتا لأنّه أخذه بحكم الطاغوت» أضف إليه عموم التعليل أعنى قوله: «لأنّه أخذه بحكم الطاغوت» من غير فرق بين كونه محقّاً قبله أو بعده.

هذا مما لا- ينبغى الشكّ فيه إنّما الكلام فى سعة الحكم للعين و الدين فهل الحكم عام أو يختصّ بالثانى؟ قولان مبنيّان على أنّ السحت هل هو مطلق الحرام، سواء كان مال الغير أو لا- أو هو مال الغير الحرام، بحيث يعدُّ كونه مال الغير مقوّماً له؟ و قد اختار المحقّق الرشتى القول الثانى و لم يذكر له دليلًا «۲»، و يمكن

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۴.

(۲) كتاب القضاء: ۶۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۳۳

استظهاره من الكتاب و كلمات اللغويين أمّا الكتاب فقد استعمله فى خصوص الرشوة. قال سبحانه: (سَمّاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكّالُونَ لِلسُّحْتِ) (المائدة/ ۴۲)، و قال تعالى: (لَوْ لا يَنْهاهُمُ الرَّبّانِيُّونَ وَ الْأَحْبارُ عَنْ قَوْلِهِمُ الْإِثْمَ وَ أَكْلِهِمُ السُّحْتَ) (المائدة/ ۶۳) و فسر فى كلا الموردين بالرشوة «۱» و أمّا اللغة فقد فسّروه بثمن الكلب و الخمر و الخنزير و الرشوة و فى حديث ابن رواحة أنّ اليهود لما أرادوا أن يرشوه قال: أ تطعمونى السحت أى الحرام سمّى الرشوة فى الحكم سحتاً و فى الحديث: يأتى زمان يستحلّ فيه كذا و كذا، و السحت: الهدية أى الرشوة فى الحكم و الشهادة و نحوهما. «۲»

و يؤيده أنّ حرمة مال الإنسان لمالكه على خلاف الأصل لا يصار إليه إلّا لوجه، ككونه رهناً، أو كون المالك قاصراً كالسفيه أو مفلّساً متعلّقاً ماله لحقوق الغرماء و أمّا المقام فليس هنا قصور لا فى العين و لا فى المالك، فلا وجه لكون التصرّف فيه حراماً و سحتاً و إن كان أصل الترافع أمراً محظوراً و لا يقاس بالدين، لأنّ كون ماله عوضاً عن الدين، يتوقف على الولاية أو الرضا به، و القاضى لا ولاية له، و هو أيضاً غير راض، بخلاف العين فهى باقية على ملك المالك.

و يمكن أن يستظهر القول الأوّل بوجهين:

۱- بما ورد فى صدره من منازعة فى دين أو ميراث، و الثانى يراد منه ما يقابل الدين.

۲- الأخذ بعموم التعليل، و هو: لأنّه أخذه بحكم الطاغوت و قد امروا أن يكفروا به.

يلاحظ على الأوّل: أنّ الميراث، يكون مشاعاً غالباً، فاختصاص واحد من الورثة به، يتوقّف على الولاية أو الرضا و كلاهما مفقودان و

یکون حکمه حکم

(۱) الطبرسی: مجمع البیان: ۲/ ۱۹۶ و ۲۱۷ ط صیدا.

(۲) لسان العرب، ۲/ ۴۱؛ النهایة ۲/ ۳۴۰؛ تاج العروس ۵۵۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۳۴

الدین.

و علی الثانی: أنّه لا یعدو عن کونه إشعاراً و لعلّ المراد أنّه تملّک بحکم الطاغوت، لا مطلق الأخذ، فیکون مختصّاً بالدین لا الأعم.

ثمّ إنّ المراد من ثبوت کونه محقّاً قبل الترافع، أعم من کون الحقّ معلوماً واقعاً، کما إذا استولی المنکر علی ماله، أو استقرضه ثمّ انکر المدیون، أو معلوماً فی ظاهر الشرع کما إذا شهدت البیّنة بأنّ أباه، کان له علی فلان کذا و کذا، أو کان مقتضی فتوی مقلّده کونه ذا حقّ و أمّا مع عدم العلم واقعاً و لا ظاهراً، و لکن لما رفع الترافع إلی حاکم الجور، فقد قضی له. و هذا، هو الصورة التالیة.

الصورة الثانیة: إذا أمکن الترافع لدی حکّام العدل و کان هناک نزاع بینه و بین شخص من أبناء جلدته و لم یکن الحق متبیّناً قبل الترافع

و إنّما صار محقّاً بقضاء قاضی الجور، فالترافع إلیه حرام أوّلًا، و هو الفرد الأجلی للروایات السابقة، و یحرم علیه الأخذ عیناً و دیناً. ثانیاً، لعدم الاعتداد بقضاء أهل الجور، فلا یثبت به کونه مالکاً للعین، و الدین فضلًا عن تشخّصه بحکمه فی مال معین.

الصورة الثالثة: إذا علم کونه محقّاً قبل الترافع و عالماً بأحد الأنحاء المذکورة أنّه مالک للعین أو الدین فی ذمّته

غیر أنّه توقف استیفاء حقّه المعلوم واقعاً علی الترافع إلی غیر الأهل من قضاة الجور إمّا لعدم رضی الطرف المقابل إلّا بالترافع إلی غیر الأهل من قضاة الجور، أو لعدم وجود الحاکم الشرعی، أو لعدم إمکان إثبات الحقّ عنده أو لعدم نفاذ قضائه. فالظاهر جوازه لانصراف الأخبار عن هذه الصورة، بشهادة أنّها تأمر بالتراضی علی الرجوع إلی من له شرائط القضاء من الشیعة و معناه إمکان الرجوع إلی الأهل فیحلّ ما یأخذه عیناً أو دیناً أمّا العین فقد علمت حالها و أمّا الدین فلسقوط شرطیة رضائه بإبائه و عدم وجود طریق آخر للاستنقاذ.

و أقصی ما یمکن أن یقال: أنّه إعانة علی الإثم، و لکن إطلاقها مخصّصة

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۳۵

بنفی الضرر و الضرار و یمکن الاستدلال بصحیح علی بن مهزیار عن علی بن محمّد علیهما السَّلام سألته هل نأخذ فی أحکام المخالفین ما یأخذون منّا فی أحکامهم؟ فکتب علیه السلام: «یجوز ذلک إن شاء الله إذا کان مذهبکم فیه التقیّة منهم و المداراة لهم». «۱»

إذ بناء علی ما احتمله الفیض فی الوافی من «أنّه یجوز لنا أن نأخذ حقوقنا منهم بحکم قضائهم کما یأخذون منّا بحکم قضائهم یعنی إذا اضطرّ إلیه کما إذا قدّمه الخصم إلیهم» «۲» یکون دلیلًا علی جواز الترافع عند الاضطرار.

و حمله فی الجواهر علی أنّ المراد المعاملة معهم کمعاملتهم معنا فی مثل الشفعة بالجوار، و توریث العصبة «۳» و نحو ذلک و عندئذ یخرج عن مورد الترافع، و یکون من أدلّة قاعدة الإلزام، و لکن هذا المعنی لا یلائم مع ما فی کتاب أبی الأسد «۴» فتعیّن الأوّل.

و أمّا خبر عطاء بن السائب عن علی بن الحسین علیهما السَّلام قال: «إذا کنتم فی أئمة جور فاقضوا فی أحکامهم و لا تشهروا أنفسکم فتقتلوا و إن تعاملتم بأحکامنا کان خیراً لکم». و رواه فی العلل إلّا أنّه قال: و إن تعاملتم بأحکامهم. «۵»

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱، من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۱، و المراد من علی بن محمّد هو الإمام الهادی، فما فی

الجواهر من قوله: «خبر على بن محمّد» ليس فى محلّه، لإيهامه أنّ على بن محمّد راو، أضف إليه أنّ الشيخ رواه فى التهذيب عن أحمد بن محمّد بن عيسى و سنده إليه صحيح كما نصّ به الأردبيلى فى جامع الرواة ۲/ ۴۶۹.

(۲) الفيض: الوافى:

(۳) النجفى: الجواهر ۴۰/ ۳۵.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۹.

(۵) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱، من أبواب آداب القاضى، الحديث ۲، و فى الجواهر المطبوع: فامضوا مكان «فاقضوا»، الجواهر ۴۰/ ۳۶. و فى السند صالح بن عقبة و عطاء و كلاهما لم يوثقا، نعم عمرو بن أبى المقدام ضعّفه الغضائرى فى أحد كتابيه و وثّقه فى كتابه الآخر، كما نقله العلّامة فى الخلاصة، و روى الكشى فى رجاله مدحاً له.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۳۶

و لعلّه يهدف إلى جواز العمل بأحكامهم تقيّة كتعيين أوّل الشهر صياماً و إفطاراً و عند ذلك لا تكون له صلة بباب القضاء خصوصاً على ما رواه فى الجواهر «فامضوا» مكان «فاقضوا».

و أولى بالصّحة إذا كان الخصم من أهل الخلاف.

فإن قلت: جواز التصرّف فى العين لا غبار عليه إنّما الكلام فى جواز التصرّف فى عوض الدين إذ كيف يتشخّص له مع عدم الولاية للقاضى، و الرضا للمنكر.

قلت: تسقط شرطية رضاءه فى المقام لأجل إبائه و عدم طريق آخر للاستيفاء، فليس لحكم قاضى الجور دور سوى إعطاء القدرة الرسمية لإعادة عينه إلى سيطرته، و استيفاء دينه المسلّم.

الصورة الرابعة: نفس الصورة الثالثة، لكن لم يتبيّن كونه محقّاً إلّا بالترافع إليهم،

فالترافع إليهم و إن كان جائزاً لانصراف الأدلّة عن صورة الاضطرار لكن لا يصحّ الأخذ بحكمهم لعدم العلم بكونه مالكاً للعين أو الدين، و لا قيمة لقضاء قاضى الجور عندئذ فيصبح كالعدم إلّا إذا كان الخصم مخالفاً أخذاً بقاعدة الإلزام بشرط أن لا يعلم باستحقاقه و إلّا فيحرم كما هو مفاد رواية أبى الأسد.

الصورة الخامسة: إذا استعان بظالم من دون أن يكون حاكم جور أو قاضيه فى استيفاء حقّه

فإن لم يتبيّن له كونه محقّاً، فيحرم الرجوع و لا يملك ما أخذه من العين و الدين لعدم ثبوت كونه مالكاً لها.

إنّما الكلام فيما إذا كان محقّاً، فإن أمكن استيفاء حقّه بالرجوع إلى حاكم العدل، فالرجوع إليه حرام لكونه ركوناً إلى الظالم و قد قال سبحانه: (وَ لَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النّارُ) (هود/ ۱۱۳). فان استعان و الحال هذه يجوز له التصرّف فى العين دون عوض الدين و إن لم يمكن الاستيفاء به، و انحصر الطريق بالاستمداد من الظالم فالظاهر جواز الرجوع، لقاعدة لا ضرر و جواز التصرّف فى العين، و عوض الدين كما عرفت فى الصورة الثالثة.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۳۷

المسألة الثانية «۱» و فيها فروع

۱- تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه.

۲- ربّما وجب و یکون واجباً علی الکفایة.

و قد تقدّم الکلام فی هذین الفرعین.

۳- إذا علم الإمام علیه السلام أنّ بلداً خال من قاض لزمه أن یبعث له

و یأثم أهل البلد بالاتّفاق علی منعه و یحلّ قتالهم طلباً للإجابة. «۲»

و لا بدّ من تقیید اللزوم بوجود الحاجة إلی القاضی. و أمّا وجوب البعث فإنَّ نصب القاضی من شئون الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، فإنّ مفاده یختلف بالنسبة إلی العامی و الحاکم الإسلامی المقتدر فإنّ مفاده بالنسبة إلی الأوّل لیس إلّا دعوة الناس بما یقتضیه تکلیفهم، کما إذا کذب إنسان أو اغتاب فیلزم نهیه عن ذلک لاعتراف الآمر و المأمور بحرمة الکذب و الغیبة، و لا یعمّ المعروف و المنکر الثابتین بالقضاء لأنّهما بالنسبة إلی أدلّة الأمر بالمعروف، من قبیل الموضوع الجدید، و الحکم لا یثبت موضوعه، و إنّما یتوجّه إلی الموضوع المحرز قبل الحکم.

هذا کلّه فی العامی، و أمّا الحاکم الإسلامی، المقتدر، فلا یشترط فی حقّه العلم التفصیلی بالموضوع قبل التمسّک بأدلّة الأمر بالمعروف بل یکفی العلم الإجمالی بوجود معروف متروک، و منکر معمول، فهذا المقدار من العلم الإجمالی، یکفیه فی إحراز الموضوع، و یصحّ التمسک عندئذ بما دلّ علی لزوم الأمر بالمعروف، و من توابعه، نصب القاضی لکونه من مبادئ الأمر بالمعروف أو نفسه بمعنی، و لأجل ذلک قال المحقق: «لزم أن یبعث له».

و أمّا حلیّة قتال المخالفین عن دخول البلد، أو قضاءه فلأنّه قیام علی ضدّ

---

(۱) مرّت المسألة الأُولی ص ۱۰۹.

(۲) نجم الدین الحلّی: الشرائع: ۴/ ۶۸.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۳۸

الحکومة الإسلامیة المحلّ للقتال إلی حدّ الاستسلام.

۴- لزوم التصدی للقضاء و شقوقه

قد عرفت أنّ القضاء واجب کفائی و معناه وجوبه علی الکل غیر أنّه یسقط بقیام البعض. و إذا کان القادر بالإتیان واحداً یتعیّن الأمر علیه و هنا صور و شقوق و أقسام أشار إلیها الشیخ فی الخلاف، و المحقّق فی الشرائع، و فصّلها الشهید الثانی فی المسالک و تبعهم صاحب الجواهر و نحن نذکر أکثر الأقسام.

الف: إذا کان هناک جماعة یعلمون القضاء علی حدّ واحد، فعیّن الإمام واحداً منهم فولّاه قال الشیخ فی الخلاف: «لم یکن له الامتناع من قبوله، و للشافعی فیه قولان: أحدهما مثل ما قلناه. و الآخر یجوز له الامتناع لأنّه من فروض الکفایة ثمّ استدل الشیخ علی فتواه بأنّ الإمام معصوم عندنا فإذا أمر بأمر لا یجوز خلافه لأنّ ذلک معصیة و اثم یستحق فاعلها الإثم و العقاب». «۱»

یلاحظ علیه: بأنّه لو تمّ الفرض، لا یختصّ الحکم بالإمام المعصوم، بل یعمّ الحاکم الإسلامی الأعلی الذی بیده رتق الأُمور و فتقها، و قد عرفت لزوم النصب عند قیام دولة إسلامیة یرأسها فقیه جامع للشرائط فإذا نصب یکون لازماً علی المنصوب امتثال أمره.

و أورد علیه المحقّق بنفی الصغری و أنّ الإمام بعد تساوی الأفراد فی القضاء لا یأمر بواحد معیّناً فإنّه من قبیل إلزام ما لیس بلازم. «۲»

و لا یخفی أنّ تعدّد القابل للقضاء و صلاحیة المتعدّد له، لا ینفی، تعیین فرد خاصّ علی القضاء فإنّه ربّما یکون فی بعض الأفراد مزیة،

غیر ملزمۀ ککونه صاحب عشیرۀ فی المنطقۀ أو عارفاً بلسان أهلها غیر محتاج إلی المترجم أو غیر

(۱) الطوسی: الخلاف، کتاب القضاء، المسألۀ ۲.

(۲) نجم الدین الحلّی: الشرائع: ۴/ ۶۹۶۸.

نظام القضاء و الشهادۀ فی الشریعۀ الإسلامیۀ الغراء، ج ۱، ص: ۱۳۹

ذلک من المرجّحات غیر الملزمۀ، و هذا و أمثاله، ربّما یبعث الإمام لأن یعین ذاک الفرد دون الآخر، و إن کان الجمیع صالحین للقضاء و عارفین له.

ب: إذا کان العارف به واحداً فقط و عیّنه الإمام، فیجب علیه و ینقلب الوجوب الکفائی إلی العینی. و دلیل الحکمین فی هذه الشق و ما قبله و ما یأتی إذا کان المعیّن معصوماً قوله سبحانه: (وَ مٰا کٰانَ لِمُؤْمِنٍ وَ لٰا مُؤْمِنَۀٍ إِذٰا قَضَی اللّٰهُ وَ رَسُولُهُ أَمْراً أَنْ یَکُونَ لَهُمُ الْخِیَرَۀُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَ مَنْ یَعْصِ اللّٰهَ وَ رَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلٰالًا مُبِیناً) (الأحزاب/ ۳۶) و قال سبحانه: (أَطِیعُوا اللّٰهَ وَ أَطِیعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِی الْأَمْرِ مِنْکُمْ) (النساء/ ۵۹). و أمّا إذا کان فقیهاً جامعاً للشرائط، فدلیل الحکمین هو وجوب نفاذ حکمه و عموم ولایته بالنسبۀ إلی هذه الموارد. ثمّ إنّ الفرد المعیّن بالامتناع عن الإجابۀ یفقد شرط القضاء و هو العدالۀ و لکن لا یسقط الحکم لتمکّنه من تحصیل الشرط (العدالۀ) بالتوبۀ کما لا یخفی.

ج: إذا انحصر العلم بالقضاء فی واحد و لم یعلم به الإمام لو صحّ الفرض فی الإمام المعصوم أو الحاکم الإسلامی، یجب علی الواجد، إعلام الإمام نفسه و لکن إثباته بالموازین مشکل، لعدم وجوب القضاء علیه، إلّا بالنصب و المفروض أنّه غیر منصوب، فکیف تجب مقدّمته أعنی: التعریف بنفسه عند الإمام و لا محیص عن القول بوجود العلم بالملاک و إن لم یکن هناک علم بالخطاب، کما إذا غرق ابن المولی فی الماء و کان المولی غافلًا و العبد ملتفتاً إلیه فیکفی فی الذم و العقاب العلم بالملاک، و قد صحح الأُصولیون موارد عن هذا الطریق منها: الإتیان بالمهمّ مع وجود الأهم بناء علی بطلان الترتّب و عدم الأمر بالمهم کما هو واضح.

د: تلک الصورۀ و لکن تعدّد القابل و القائم بمهمّۀ القضاء، فیجب علی الکل الإعلام کفایۀ، و یسقط بإعلام واحد منهم شأن کل واجب کفائی.

ه: إذا تعدّد القابلون و طلب الإمام واحداً منهم لا علی التعیین تجب التلبیۀ علی الکل، و تسقط بتلبیۀ واحد منهم و إلّا أثم الجمیع.

نظام القضاء و الشهادۀ فی الشریعۀ الإسلامیۀ الغراء، ج ۱، ص: ۱۴۰

إلی غیر ذلک من الصور المذکورۀ فی المسالک فلاحظ.

۵- فی بذل المال لتصدّی القضاء

إذا کان التصدّی للقضاء من جانب الجائر أمراً راجحاً، موجباً لرفع الظلم و إجراء العدل و الحقّ، یکون بذل المال جائزاً للنصب و البقاء بل لأجل عزل القاضی الجائر و إن کان الأخذ للظالم حراماً إنّما الکلام إذا کان التصدّی من جانب الحاکم العادل، فلا یجوز أخذ المال، و لا دفعه إلی بیت المال، و لأجل عدم الجدوی فی المسألۀ، أعرض عن شرحها، صاحب الجواهر.

المسألۀ الثالثۀ: فی تولیۀ المفضول مع وجود الفاضل

اشارۀ

و هنا جهات من البحث:

الأُولى: فی تعیین محلّ النزاع.

فنقول: إنّ لتولیهٔ المفضول مع وجود الفاضل مجالات:

تارهٔ یبحث عنها فی باب الإمامهٔ الکبری و النیابهٔ عن الرسول صلّی الله علیه و آله و سلّم، فقد اتفقت کلمهٔ الشیعهٔ علی قبحها و عدم صحّتها، و أُخری فی باب التقلید و أخذ الأحکام فالمشهور عندهم هو لزوم الرجوع إلی الفاضل دون المفضول مطلقاً، أو فی موارد الاختلاف، و ثالثهٔ فی کتاب القضاء و أنّه هل یجوز تصدّی المفضول لمهمّهٔ القضاء مع وجود الفاضل مع استکمال الشرائط المعتبرهٔ فیها أو لا؟ و هو المقصود هنا. و له شقوق:

الف: هل یجوز للإمام المعصوم أن ینصب المفضول مع وجود الأفضل؟

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۱۴۱

قال المحقّق: الوجه الجواز لأنّ خلله ینجبر بنظر الإمام علیه السلام. و لا یخفی أنّ الإمام أعرف بواجبه، فلا جدوی للبحث، أضف إلیه، أنّ خلله إنّما ینجبر إذا کان للإمام إشراف علی قضائه، کما کان لعلی علیه السلام إشراف علی قضاء شریح لاما إذا کان بعیداً عنه.

ب: إذا کان هنا علماء موصوفون بصفات المفتی و القاضی و فیهم من هو أعلم من غیره، فما هو وظیفهٔ العامی فی الرجوع إلی الترافع قبل أن یقلّد؟

إنّ وظیفهٔ العامی فی المقام نفس وظیفته فی باب التقلید فیجب علیه قبل التقلید عقلًا، العمل بالاحتیاط و تکون النتیجهٔ هو تعیّن الرجوع إلی الأفضل، لدوران الأمر بین التعیین و التخییر، و أمّا إذا قلّد فیجب علیه أن یعمل بفتوی مقلَّده سواء قال بتعیّن الرجوع إلی الأفضل أو بالتخییر بینه و بین غیره.

ج: إذا کان علماء موصوفون بصفات الإفتاء و القضاء و فیهم من هو أعلم من غیره، و کانت مفاتیح الأمور بید قضاهٔ الجور، فهل لغیر الأفضل تصدّی القضاء فی زمان الغیبهٔ أو لا؟ و بعبارهٔ أخری: هل یجوز للعامی الرجوع إلی غیر الأفضل حسب الأدلّهٔ الاجتهادیّهٔ أولا؟

د: إذا قامت دولهٔ اسلامیهٔ فی عصر الغیبهٔ یرأسها فقیه جامع للشرائط، فهل یتعیّن علیه نصب الأفضل مع وجود الفاضل، أو یتخیر؟ و هذا هو الصالح للبحث عنه فی المقام و إن کانت کلمات الأصحاب غیر واضحهٔ.

الجهة الثانیة: ما هو ملاک الأفضلیهٔ؟

لیس الملاک فی المقام تفاضل أحد القاضیین علی الآخر فی الروحیات و الملکات کالأعدلیهٔ، و الأورعیهٔ، و الهاشمیهٔ، لأنّ المطلوب فی باب القضاء هو عدم التهجّم علی المحارم و یکفی فی تحققه کونه ورعاً و عدلًا، بل الملاک فی المقام کون رأی أحدهما أقرب إلی الواقع، و لا یتحقق ذلک إلّا بالأعلمیهٔ و الأفقهیهٔ و قد

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۱۴۲

نصّ بذلک صاحب الجواهر فی آخر المسألهٔ و قال: و الظاهر أنّ المدار علی الفضیلهٔ فی الفقه و لو باعتبار الفضیلهٔ فی المقدّمات علی وجه یعدّ کونه أفقه، أمّا ما لا مدخلیهٔ له فیه فلا عبرهٔ به. «۱»

نعم أفاد فی صدر المسألهٔ و قال: نعم مع تساویهما فی العلم یقدّم الأعدل لکونه أرجح حینئذ فیکون الحاصل حینئذ ترجیح أعلم الورعین و أورع الورعین لقاعدهٔ قبح ترجیح المرجوح علی الراجح. ۲

إنّ طبع المسألهٔ یقتضی انحصار ملاک التفاضل بالعلم و الفقه فقط و لأجله لا یصح قوله فی العبارهٔ الثانیهٔ: «ترجیح أعلم الورعین» أمّا الترجیح بالأورعیهٔ مع التساوی فی العلم فلم یدلّ علیه دلیل و مسألهٔ قبح ترجیح المرجوح علی الراجح، ینتفی بوجود بعض المرجّحات فی جانب المرجوح ککونه طلیق اللسان، رحب الصدر، صحیح المزاج، عارفاً باللسان صاحب العشیرهٔ الذی یهاب منه فلا یتأمر علی

ضدّه، و بالجملة المرجّحات التی توجب اختیار الورع علی الأورع، التی بها یدفع قبح الترجیح المذکور، کثیرة فلا تصل النوبة إلی ترجیح الأورع علی الورع ترجیحاً واجباً لحفظ القاعدة العقلیة.

الجهة الثالثة: فی دراسة أدلّة الطرفین

اشارة

استدل القائل بالترجیح بالوجوه التالیة:

۱- إنّ الظنّ الحاصل من قول الأفضل، أقوی من الظن الحاصل من قول غیره و الأخذ بالظن الأرجح متعیّن.

یلاحظ علیه: بمنع الصغری تارة و أنّه ربّما یکون الظن الحاصل من قول المفضول أقوی من غیره لمطابقته رأی من هو أعلم من ذلک الأفضل کما إذا طابق

---

(۱) ۱ و ۲ الجواهر: ۴۰/ ۴۶ و ۴۳.

قول الفاضل، رأی المحقق، أو الشیخ الأنصاری، و منع الکبری أُخری، إذ لا دلیل علی لزوم الترجیح بهذا المقدار، بعد إطلاق الدلیل علی حجّیة کل من الرأیین.

۲- نصوص الترجیح خصوصاً مقبولة ابن حنظلة الحاکمة بالترجیح بالأفقهیة بل بغیرها أیضاً.

یلاحظ علیه: أنّها أجنبیة عن المقام، لأنّه ورد الترجیح فیها فیما إذا ترافع کل إلی قاض خاصّ فحصل بینهما التعارض، و لم یکن حینئذ محیص من الرجوع إلی المرجح و أین هذا من لزوم الرجوع إلی المرجح ابتداءً؟

أضف إلی ذلک أنّ المنساق من المقبولة أنّه کان فی وسع المترافعین الرجوع إلی کلّ واحد من المتفاضلین، من غیر فرق بین العالم و الأعلم لکنّهما، ضیّقا الأمر علی أنفسهما فرجع کل إلی قاض خاص، فلم یکن لهم حینئذ بدّ من إعمال المرجّحات فلزوم العمل بالمرجّح نشأ من عملهما و لم یکن هناک أیّ ملزم له، و علی ذلک فالروایة علی عکس المقصود أدلّ.

۳- قول الإمام فی عهده إلی والیه فی مصر المعروف فقد جاء فیه: «ثمّ اخْتَرْ لِلْحُکْمِ بَیْنَ النّاسِ أفْضَلَ رَعِیَّتِکَ فی نَفْسِکَ، مِمّن لا تَضِیقُ بِهِ الامُورُ، و لا تُمَحِّکُهُ الخُصُومُ، و لا یَتَمادی فی الزَّلَّةِ، و لا یَحْصَرُ مِنَ الفَیْءِ إلَی الحَقِّ إذا عَرَفَهُ، و لا تُشْرِفُ نَفْسُهُ علی طَمَعٍ، و لا یَکْتَفی بِأدْنی فَهْمٍ دُونَ أقْصاهُ، وَ أوْقَفَهُمْ فی الشُّبَهاتِ، وَ آخَذَهُمْ بِالحُجَجِ، وَ أَقَلَّهُمْ تَبَرُّماً بِمُراجَعَةِ الخَصْمِ، وَ أَصْبَرَهُمْ عَلی تَکَشُّفِ الأُمُورِ، وَ أَصْرَمَهُمْ عِنْدَ اتِّضاحِ الْحُکْمِ، مِمَّنْ لا یَزْدَهیهِ إطْراءٌ، و لا یَسْتَمِیلُهُ إغْراءٌ، و أولئِکَ قَلِیلٌ». (۱)

یلاحظ علیه: أنّ ما ورد فیه بین ما تجب رعایته و بین ما لا تجب للإجماع علی عدم اشتراطه کأوقفهم فی الشبهات و آخذهم بالحجج، فلا یمکن الاستدلال به

---

(۱) نهج البلاغة، قسم الرسائل، رقم ۵۳.

علی الوجوب.

۴- ادعاء الإجماع علی لزوم الترجیح نسب إلی المرتضی فی الذریعة و المحقق الثانی فی حواشیه علی کتاب الجهاد من الشرائع.

قال المرتضى: و إن كان بعضهم عنده أعلم من بعض أو أورع و أدين فقد اختلفوا: فمنهم من جعله مخيّراً، و منهم من أوجب أن يستفتى المقدَّم فى العلم و الدين، و هو أولى لأنّ التفقه هاهنا أقرب و أوكد. و الأُصول كلها بذلك شاهدة. «١»

و ليس فى كلامه دعوى الإجماع و الاتّفاق سوى قوله فى الذيل: «الأُصول كلّها بذلك شاهدة» و لذلك صحّت تسميته إجماعاً فإنّما هو إجماع استنباطى من الاتّفاق على الأُصول، التى مورد البحث من صغرياتها. أضف إليه انّ كلامه راجع إلى باب الاستفتاء لا القضاء.

و أمّا المحقّق الثانى فليس فى تعليقته على قواعد العلامة المعروف بجامع المقاصد دعوى الإجماع بل لم يذكر هذا الشرط لا فى متن القواعد و لا فى تعليقته و قد ذكر العلّامة صفات المفتى بالنحو التالى: الإيمان و العدالة و معرفة الأحكام بالدليل، و القدرة على استنباط المتجدّدات من الفروع من أُصولها. و ليس فى تعليقته سوى توضيح قوله: «و معرفة الأحكام بالدليل» «٢» و أمّا تعليقته على الشرائع فلم تحضرنى حتى أُلاحظها.

استدل القائل بعدم الوجوب ببعض الوجوه أولاها جريان السيرة عليه، فقد نصب النبى الأكرم معاذاً للقضاء مع وجود علىّ عليه السلام و هو أقضى الأُمة إلّا أن يقال بلزوم الترافع إلى الأعلم إذا كانا فى بلد واحد لا فى بلدين و قد كان على فى المدينة، و نصب معاذاً للقضاء فى اليمن و مع ذلك كلّه لا يمكن إنكار جريان السيرة على الرجوع إلى المجتهدين العظام فى كل بلد، من دون أن يفرق بين الأعلم و العالم، و قد نصب الإمام الصادق أصحابه للقضاء حسب المقبولة. و فيهم زرارة و محمّد بن مسلم و غيرهم. مع أنّ الأولين من أفقه أصحابه عليه السلام.

إلى هنا تبيّن موقف الأصحاب فى المسألة و لنا فى المقام تفصيل نأتى به.

---

(١) المرتضى: الذريعة ٢/ ٨٠١.

(٢) المحقّق الكركى: جامع المقاصد ٣/ ٤٩٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج١، ص: ١٤٥

التفصيل بين الشبهة الموضوعية و الحكمية

قد تعرّفت على دليل المثبت و النافى و لكن الحقّ التفصيل بين كون مورد القضاء شبهة موضوعية التى يدور عليها رحى القضاء فى تسعين بالمائة. و كونه شبهة حكمية، أمّا الأُولى، فالأقوى هو التخيير بين الأفضل و الفاضل، إذ ليس للأفقهية تأثير فيها، فإنّ فصل الخصومة يتحقّق بالبيّنة و الإحلاف على تفاصيلها، فلو أتى المدّعى بها يحكم له، و إلّا حلف المنكر، و لو نكل و قلنا بالقضاء به، يُقضى عليه، و إلّا يردّ اليمين على المدّعى، و هذه سنّة متّبعة فى فصل الخصومات فى الشبهات الموضوعية، و الأفضل و الفاضل فى مقابلها سواء و ليس لكون أحدهما أقوى نظراً و أحسن استنباطاً تأثير فى إصابة الواقع فعندئذ يسقط دليل القائل بلزوم الترجيح بكون الظنّ الحاصل من رأى الأفضل أقوى من غيره نعم لو علم الاختلاف بين الفاضل و المفضول و كان منشأ الاختلاف ناشئاً من اختلاف النظر كان للترجيح وجه و لكنّه قليل كالاختلاف بالقضاء بالنكول و عدمه و بالجملة: كلّ مورد لا يكون للاجتهاد فيه مدخل، يسقط الترجيح و يكفى كون القاضى مجتهداً و أمّا المقبولة الدالّة على الترجيح بالأفقهية فلا صلة لها بالمقام لأنّ موردها هو الشبهة الحكمية كما سيأتى.

و أمّا إذا كان مورده هو الشبهة الحكمية فلمّا كان القضاء فيها مسبوقاً بالإفتاء فيها. و لولاه لما كان للقضاء أساس، فلو لم يعلم الاختلاف بين رأيهما فيها، جاز الرجوع إلى كلّ واحد، حسب ما عرفت فى باب الاجتهاد و التقليد من جواز الرجوع إلى الأفضل و

الفاضل ما لم يعلم الخلاف بين رأيهما، و أمّا إذا علم الاختلاف و كان

الاختلاف فى مورد القضاء ناشئاً من الاختلاف فى استنباط الحكم الشرعى ككون الحبوة للولد الأكبر أو لجميع الورثة ففى مثله لمّا كان فتوى الأفضل حجّة قطعاً، يكون قضاؤه مثل فتواه و أمّا الفاضل فلمّا كان رأيه فى المسألة مشكوك الحجّية يتسرّب الشكّ إلى قضائه أيضاً فلا يجوز الرجوع إليه ما دام الحال كذلك.

و يؤيّد ذلك، أنّ الإمام أمر بالأخذ بالمرجّح عند ظهور الاختلاف فى مورد الشكّ فى الشبهة الحكمية حيث قال الراوى: «فإن كان كل واحد اختار رجلًا من أصحابنا فرضيا أن يكونا الناظرين فى حقّهما و اختلفا فيما حكما و كلاهما اختلفا فى حديثكم فقال: الحكم ما حكم به أعدلهما و أفقههما و أصدقهما فى الحديث و أورعهما». «۱» فإذا كان مبدأ الاختلاف هو الاختلاف فى الحديث، يكون المورد من قبيل الشبهة الحكمية. هذا هو المختار و هو متين و قد حكاه المحقّق الآشتيانى عن شيخه العلّامة الأنصارى قدّس سرّهما. «۲»

ثمّ إنّ كون مصدر القضاء فى الشبهات الحكمية مسبوقاً بالإفتاء و أنّ القاضى يفتى ثمّ يقضى به ربّما يفيد فى المستقبل كنفوذ رأى القاضى فى حقّ المجتهد الآخر و مقلّديه و عدمه إذا كانا مخالفين فى تشخيص الحكم الشرعى. فانتظر.

المسألة الرابعة: فى جواز الاستخلاف و عدمه

إنّ للمسألة صوراً أربع ذكرها المحقّق فى الشرائع و إليك بيانها:

١- إذا أذن الإمام له فى الاستخلاف جاز بلا إشكال.

٢- لو منع عن الاستخلاف لم يجز لذلك.

٣- لو ولّاه و أطلق التولية و كان هناك أمارة تدلّ على الإذن فى الاستخلاف

---

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩، من أبواب صفات القاضى، الحديث ١.

(٢) الآشتيانى: القضاء: ٢٣.

مثل سعة الولاية التى لا تضبطها اليد الواحدة، جاز الاستنابة.

۴- تلك الصورة و لم تكن فيها تلك الأمارة لم يجز.

هذا ما أفاده المحقّق و وجهه واضح و لكنّه إنّما يتمّ فيما إذا كان القضاء متوقّفاً على النصب كما فى زمان الحضور مع بسط اليد أو زمان الغيبة مع قيام الدولة الإسلامية فبما أنّ القضاء فى هذه الظروف فرع النصب فتأتى فيها تلك الصور الأربع.

و أمّا فى غيرهما كزمان الحضور مع عدم البسط، أو زمان الغيبة مع كون مفاتيح القضاء بيد الجائر، و كان فى خارج دائرة القضاء الرسمية، رجال صالحون للقضاء لا صلة لهم به ففى هذين الطرفين كل مجتهد قاض مأذون، غير محتاج إلى النصب فالنائب إذا كان مجتهداً، فهو مثل المستنيب و ليس فرعاً له، و إن كان مقلّداً فلا يصلح للقضاء حتى بالوكالة، كما مرّ.

نعم يجوز أخذ النائب فى مقدّمات القضاء و تدوين الأقارير و جمع القرائن و الشواهد ممّا يسهّل الأمر على القاضى و ليس ممنوعاً كما يأتى التصريح به.

و هنا أمر آخر، و هو إذا ولّاه الإمام أو من بيده زمام الأمر فى الدولة الإسلامية و صار ذا ولاية، كالجدّ و الأب، فلا يتوقّف استخلافه على وجود أمارة تدلّ على الإذن فيه، لأنّ المفروض أنّه صاحب ولاية على القضاء يعمل كيف شاء نعم يتوقّف استخلافه على أمر

آخر، و هو إحراز أنّ القضاء قابل للنيابة أولا، أو قابل للوكالة أو لا، و قد عرفت الكلام فيهما فيما سبق فلا نعيد.

المسألة الخامسة: فى ارتزاق القاضى من بيت المال

اشارة

لاـ شـك أنّ القاضـى كسـائر الناس، يتوقف قضاؤه على حياته، و هى رهن وجود معيشـة ماليّـة يسـدّ بها عيلته و لولاه لما توفّق للقضاء فتارة يرتزق من ماله

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۴۸

الشخصـى، و أُخرى من بيت المـال و ثالثـة بأُجرة يـدفعها أهل البلـد للإقامـة و القضاء فيه و رابعـة بالجعل على المتحاكمين و خامسـة بالجعل على المدّعى إلى غير ذلك ممّا تقضى به حاجته، و يدوم عيشه. و الذى نركز عليه فى المقام هو أمران:

۱- ارتزاقه من بيت المال.

۲- ارتزاقه من طريق الجعل على المتحاكمين

و أمّا البحث عن الرشوة و الهديـة فقـد فرغنا عن بيان حكمهما عنـد البحث فى المكاسب المحرّمة لكن نعيد إليهما فى المسـتقبل فيقع الكلام فى مقامين:

المقام الأوّل: الارتزاق من بيت المال

اشارة

هـل يجوز له الاـرتزاق من بيت المـال مطلقـاً، أو لا يجوز مطلقاً، أو فيه التفصـيل؟ وجوه: ذهب الشـيخ الطوسـى إلى القول بالجواز فى النهايـة، و يظهر أيضـاً من الخلاـف و نقـل أبو قدامـة القول بالمنع مطلقاً، عن بعض التابعين و الفقهاء و لعلّهم أرادوا الكراهـة. و اختار القول الثالث، الشيخ فى المبسوط، و المحقّق فى الشرائع و العلّامة فى القواعد. و إليك بعض نصوصهم فى المقام.

۱- قال الشيخ فى النهاية: و متى تولّى شـيئاً من أُمور السـلطان من الإمارة، و الجباية و القضاء و غير ذلك من أنواع الولايات، فلا بأس أن يقبل على ذلك الارتزاق و الجوائز و الصـلات، فإن كان ذلك من جهة سلطان عادل كان ذلك حلالًا له طلقاً، و إن كان من جهة سلطان الجور، فقد رخّص له فى قبول ذلك من جهتهم لأنّ له حظّاً من بيت المال. «۱»

۲- و قال فى الخلاف: ليس للحاكم أن يأخذ الأُجرة على الحكم من الخصمين و لا من أحدهما سواء كان له رزق من

---

(۱) الطوسى: النهاية، كتاب المكاسب: ۳۵۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۴۹

بيت المال أو لم يكن و قال الشافعى: إن كان له رزق من بيت المال لم يجز كما قلناه و إن لم يكن له رزق من بيت المال جاز له أخذ الأُجرة على ذلك. «۱»

۳- و قال فى المبسوط: و أمّا من يحلّ له أخذ الرزق عليه و من لا يحلّ فجملته: أنّ القاضى لا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون ممّن تعيّن عليه القضاء أو لم يتعيّن. فإن لم يتعيّن عليه، لا يخل من أحد أمرين: إمّا أن تكون له كفاية أو لا كفاية فإن لم يكن له كفاية جاز له أخـذ الرزق و إن كانت له كفاية فالمسـتحب أن لا يأخذ فإن أخذ جاز. و لم يحرم عليه بل كان مباحاً، و جواز إعطاء الرزق للقضاء

إجماع، و لأنّ بيت المال للمصالح و هذا منها بل أكثرها حاجة إليه. لما فيه من قطع الخصومات و استبقاء الحقوق و نصرة المظلوم و مع الظالم.

و إذا تعيّن عليه، فقد فصّل بين من له كفاية و من ليس له، فيحرم فى الأوّل لأنّه يؤدى فرضاً تعيّن عليه، و من أدّى فرضا لم يحلّ له أخذ الرزق عليه مع الاستغناء عنه دون الثانى لأنّ عليه فرض النفقة على عياله و فرضاً آخر و هو القضاء و إذا أخذ الرزق جمع بين الفرضين. «۲»

۴- و قال المحقّق: إذا ولّى من لا يتعيّن عليه القضاء، فإن كان له كفاية من ماله، فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال و لو طلب جاز لأنّه من المصالح، و إن تعيّن للقضاء و لم يكن له كفاية، جاز له أخذ الرزق و إن كان له كفاية، قيل: لا يجوز له أخذ الرزق لأنّه يؤدى فرضاً. «۳»

۵- و قال العلامة فى القواعد: و إذا ولى من لا يتعيّن عليه فالأفضل ترك الرزق له من بيت المال إن كان ذا كفاية و يسوغ له لأنّه من المصالح، و كذا يجوز له إذا تعيّن و لم يكن ذا كفاية، و لو كان ذا كفاية لم يجز له لأنّه يؤدى واجباً.

۶- و قال السيّد العاملى فى تعليقته على عبارة القواعد فى المقام أعنى: «لم يجز

---

(۱) الطوسى: الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ۳۱.

(۲) الطوسى: المبسوط ج ۸، ۸۵۸۴.

(۳) المحقق: الشرائع ۴/ ۶۹.

لأنّه يؤدى واجباً»: هذا هو الحق إذا كان وجوبه ذاتياً لا توصلياً لأنّه لا أُجرة على الواجب كذلك إجماعاً فى باب المكاسب و ذهب الشيخ و شيخه المفيد إلى الجواز لأنّه من المصالح المهمّة قالا: و نمنع أن لا أُجرة على الواجب مطلقاً و إلّا لم يوجر المجاهدون، قلت: الأصل عدم الجواز خرج عنه جواز الاستئجار للجهاد بالإجماع عند الشيعة. «۱»

۶- و قال ابن قدامة: و يجوز للقاضى أخذ الرزق و رخص فيه شريح و ابن سيرين و الشافعى و أكثر أهل العلم.

و روى عن عمر أنّه استعمل زيد بن ثابت على القضاء و فرض له رزقاً و رزق شريحاً فى كل شهر مائة درهم و بعث إلى الكوفة عمّاراً و عثمان بن حنيف و ابن مسعود و رزقهم كل يوم شاة نصفها لعمار و نصفها لابن مسعود و عثمان و كان ابن مسعود قاضيهم و معلّمهم، و كتب إلى معاذ بن جبل و أبى عبيدة حين بعثهما إلى الشام أن انظرا رجالًا من صالحى من قبلكم فاستعملوهم على القضاء و أوسعوا عليهم و ارزقوهم و اكفوهم من مال اللّه.

و قال أبو الخطاب: يجوز له أخذ الرزق مع الحاجة فأمّا مع عدمها فعلى وجهين. و قال أحمد: ما يعجبنى أن يأخذ على القضاء أجراً و إن كان فبقدر شغله مثل والى اليتيم. و كان ابن مسعود و الحسن يكرهان الأجر على القضاء و كان مسروق و عبد الرحمن بن القاسم بن عبد الرحمن لا يأخذان عليه أجراً و قالا: لا نأخذ أجراً على أن نعدل بين اثنين.

و قال أصحاب الشافعى: إن لم يكن متعيّناً جاز له أخذ الرزق عليه و إن تعيّن لم يجز إلّا مع الحاجة، و الصحيح جواز أخذ الرزق عليه بكل حال لأنّ أبا بكر لمّا ولى الخلافة فرضوا له الرزق كل يوم درهمين و لما ذكرناه من أنّ عمر رزق زيداً و شريحاً و ابن مسعود و أمر بفرض الرزق لمن تولى من القضاة و لأنّ بالناس حاجة إليه

---

(۱) العاملى: مفتاح الكرامة ۱۰/ ۱۴.

و لو لم يجز فرض الرزق لتعطّل و ضاعت الحقوق، فأمّا الاستئجار عليه فلا يجوز قال عمر: لا ينبغى لقاضى المسلمين أن يأخذ على القضاء أجراً و هذا مذهب الشافعى و لا نعلم فيه خلافاً و ذلك لأنّه قربة يختصّ فاعله أن يكون فى أهل القربة فأشبه الصلاة و لأنّه لا يعمله الإنسان عن غيره و إنّما يقع عن نفسه فأشبه الصلاة و لأنّه عمل غير معلوم فإن لم يكن للقاضى رزق فقال للخصمين: لا أقضى بينكما حتى تجعلا لى رزقاً عليه جاز و يحتمل أن لا يجوز. انتهى. «١»

هذه هى كلمات الفقهاء و هى تعرب عن اختلافهم إلى أقوال ثلاثة و المختار عندنا جواز الارتزاق من بيت المال مطلقاً و المقصود من بيت المال هو البيت الذى يجمع فيه ما يصرف فى مصالح الإسلام و المسلمين و ليس له مصرف خاص كالأنفال و الجزية، و الخراج و المقاسمة، و المال الموصى مصرفه فى مصارف البرّ و القسم الخاص من الزكاة الذى يصرف فى سبيل الله.

و أمّا الزكاة و سهم السادات من الخمس و المظالم و اللقطة ممّا لها مصارف خاصة فلا يطلق عليه بيت المال، و القاضى يرتزق من الأوّل دون الثانى و الحقّ الجواز مطلقاً بوجهين:

الأوّل: جريان السيرة بين المسلمين حيث إنّ القضاة كانوا يرتزقون من بيت المال، و قد عرفت كلام ابن قدامة فى ارتزاق عدّة فى زمن الخلفاء من بيت المال، و عليها سار الإمام على عليه السلام فى عهد خلافته، و كان شريح يرتزق من بيت المال و يأخذ فى كل شهر شيئاً قليلًا و لمّا بلغ عليّاً أنّه ابتاع داراً بثمانين ديناراً، استدعاه و قال له: بلغنى أنّك ابتعت داراً بثمانين ديناراً و كتبت لها كتاباً، و اشهدت فيه شهوداً ... ثمّ لامه و ذمّه. «٢» و ما هذا إلّا لأنّ الإمام رأى أنّه ابتاع داراً فوق ما يرتزقه من الإمام فصار مظنّة دفع الثمن من حرام و حلال. و روى أنّ عليّاً ولّى شريحاً و

---

(١) ابن قدامة: المغنى ١٠/ ١٢۴.

(٢) نهج البلاغة: قسم الرسائل، برقم ٢.

جعل له فى كلّ سنة خمسمائة درهم (كل شهر قرابة ۴١ ديناراً و نصف) و كان عمر قبله جعل له كلّ شهر مائة «١» درهم.

و الحاصل أنّ القضاة كانوا يرتزقون من بيت المال، من دون سؤال عن وجود الكفاية لهم و عدمه، أو فحص عن كون القضاء متعيّناً عليه و عدمه و هذه السيرة المستمرّة إلى يومنا هذا، تشهد على الجواز و لو كان هنا ذم فى بعض الروايات، فإنّما هو لأجل كونهم قضاة الجور و أعوان الظلمة، و أين هو من قضاة العدل. كما سيوافيك؟

الثانى: ما دلّ عليه من الروايات و نذكر ما يلى:

١- مرسلة حمّاد بن عيسى عن العبد الصالح فى حديث طويل فى الخمس و الأنفال و الغنائم قال: «و الأرضون التى أخذت عنوة فهى موقوفة متروكة فى يد من يعمرها و يحييها ثمّ ذكر الزكاة و حصّة العمال إلى أن قال: و يؤخذ الباقى فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، و فى مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام، و تقوية الدين فى وجوه الجهاد و غير ذلك ممّا فيه مصلحة العامة.

قال الشيخ الحرّ العاملى: يظهر منه جواز الرزق للقاضى من بيت المال «٢»، لأنّ القضاء من أوضح مصاديق ما فيه مصلحة العامة.

٢- ما كتبه الإمام إلى عامله فى مصر: «و اعلم أنّ الرعيّة طبقات: منها جنود الله، و منها كُتّاب العامّة و الخاصّة، و منها قضاة العدل إلى أن قال: و كل قد سمّى الله له سهمه و وضعه على حدّه و فريضته، ثمّ قال: و لكلّ على الوالى حقّ بقدر ما يصلحه، ثمّ قال: و اختر للحكم بين الناس أفضل رعيّتك و قال بعد ذكر صفات القاضى: و أكثِر تعاهد قضائه، و أفسح له فى البذل ما يزيح علّته و تقلّ معه

---

(١) ابن إدريس: السرائر: ٢/ ١٧٨.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٨ من أبواب آداب القاضى، الحديث ٢.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۵۳

حاجته إلی الناس» «۱» و لم یکن فی ید عامل الإمام ما یصرف فی هذا المورد، سوی بیت المال.

۳- روی فی الدعائم عن علی علیه السلام أنّه قال: «لا- بدّ من إمارة و رزق للأمیر. و لا بدّ من عریف و رزق للعریف، و لا بدّ من حاسب و رزق للحاسب و لا بدّ من قاض و رزق للقاضی و کره أن یکون رزق القاضی علی الناس الذی یقضی لهم. «۲»

تری فیه الإطلاق من دون تقیید بما فی کلام الأعلام من کونه کفائیاً، أو عینیاً؛ مع الحاجة، أو مع عدمها. و لم نقف علی مورد، سئل الإمام القاضی المنصوب عن وجود کفایة له و عدمه، أو فصل بین الکفائی و العینی.

استدل علی المنع بروایتین:

۱- صحیحة عبد الله بن سنان، قال: سئل أبو عبد الله علیه السلام عن قاض بین قریتین یأخذ من السلطان علی القضاء الرزق؟ فقال: «ذلک السحت». «۳» و لعلّ وصف رزقه بالسحت لأجل کونه قاضی سلطان الجور و من أعوانه، لا- أنّ مجرّد الرزق من بیت المال سحت و إن کان علی خلاف الظاهر.

۲- خبر عمّار بن مروان عن أبی عبد الله قال: «و السحت أنواع کثیرة: منها: ما اصیب من أعمال الولاة. و منها: أُجور القضاة». «۴» و یحمل علی الأُجور المأخوذة من السلطان الجائر.

و علی ضوء ذلک فالحقّ هو جواز الارتزاق من بیت المال سواء کان بصورة الارتزاق من دون تعیین حدّ، بمعنی أنّ الحاکم یقوم برفع حوائج القاضی قلیلًا

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۹.

(۲) المستدرک: الجزء ۱۸، الباب ۲۸، من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۳.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۱.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۵ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۱۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۵۴

کان أو کثیراً و هو یدیر ذمّة القضاء، أو بتعیین حدّ معیّن کما هو اللائح من عهد الإمام الماضی و أمّا الإشکال بأنّ القضاء واجب فکیف یأخذ الأُجرة علی الواجب؟ فیدفع بأنّه فرق بین الأُجرة و الارتزاق، فإنّ عمل القاضی فی الثانی تبرعی، غیر انّ قیامه بهذا العمل التبرعی رهن سدّ عیلته، بدفع شیء من بیت المال حتی یقیم صلبه، و یدفع عادیة الفقر الکاسر مضافاً إلی ما سیوافیک تحلیله فی المقام الثانی و ما احتمل فی الجواهر من اختصاص بیت المال بذوی الحاجات «۱» غیر تام لأنّه یصحّ فی بعضه کالزکاة و الصدقات دون غیرهما.

المقام الثانی: فی أخذ الجعل من المتحاکمین

اشارة

القاضی المنصوب إذا أخذ الرزق من بیت المال، یحرم علیه أخذ الجعل من المتحاکمین إذ لا یصحّ له أخذ أُجرتین لعمل واحد، فإنّ

عمله هذا ملك للحكومة الإسلامية، و قد عُيِّن للقضاء بين المسلمين مقيّداً بعدم أخذ شيء، فكيف يجوز له أخذ الأجرة أو الجعل؟! و أمّا إذا لم يكن كذلك فالقول بحرمة الجعل و إن كان قولًا بين الأصحاب، قال المحقّق: أمّا لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف و الوجه التفصيل المذكور فى الارتزاق من بيت المال. و قال فى الجواهر: إنّه لا يجوز مطلقاً. «٢» لكن ليس له دليل صالح سوى ما ذكره الشيخ فى المبسوط و نقله المحقّق فى الشرائع و هو أنّه يؤدّى فرضاً، فكيف يأخذ الأُجرة على الفرض؟ و إليك تحليل هذا الدليل فنقول:

إنّ مقتضى القاعدة صحّة الإجارة إذا تمّت أركانها من موجر عاقل بالغ منتفع بالإجارة، و أجير كذلك سواء كان باذل الأُجرة، أهل البلد، أو المتحاكمين أو المدّعى و على كل تقدير فالعمل محترم و الموجر ينتفع بعمله فلا وجه للبطلان مع

---

(١) الجواهر: ۴٠/ ۵١.

(٢) الجواهر: ۴٠/ ۵٣۵٢، قسم المتن و الشرح.

تمامية الأركان إنّما الكلام فى أنّ وجوب القضاء هل يصلح أن يكون مانعاً من صحّة الإجارة أو لا؟ فنقول:

إنّ المانع عن صحّتها أُمور ثلاثة

و هى:

١- أن لا- ينتفع به الموجر، لأنّه يكون من قبيل أكل المال بالباطل و قال سبحانه: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) (النساء/ ٢٩) بناء على أنّ حرف الجرّ فى «بالباطل» بمعنى المقابلة أى فى مقابل أمر باطل عند العقلاء فيصحّ به الاستدلال على البطلان إذا لم تكن للمبيع أو لمورد الإجارة منفعة عقلائية كبيع الحشرات و أمّا على القول بأنّه راجع إلى النهى عن الأسباب الفاسدة كالرشوة، و الربا، و القمار، فيكفى فى عدم صحّته، عدم شموله مثل هذه الإجارة للعمومات الواردة فى باب المعاوضات إذ موردها هو انتفاع الطرفين بالعمل و الأُجرة لعدم إقدام العقلاء على الإيجار فى غير هذه الصورة فتحمل عليه.

٢- أن يكون العمل عبادياً لا يترتّب عليه الأثر إلّا بالإتيان لله أو امتثال أمره و فى مثله لا يصحّ الاستيجار لأنّ أثر العبادة مشروط بالقربة، بانحصار الداعى فيها و لكن الداعى بعد الإجارة، هو الأُجرة لا غير بحيث لولاها لما قام بالعمل و على ضوء ذلك يبطل أخذ الأُجرة على الواجبات التعبديّة لأنّ صحّة صلاة الظهر رهن كونه لله و ينافيه أخذ الأُجرة من غير فرق بين الفرائض كالصلوات اليومية، أو النوافل، كصلاة الليل و غسل الجمعة.

و أمّا صحّة النيابة عن الميّت فى قضاء صلواته و صومه، و كذا النيابة عنه فى تلاوة القرآن و زيارة الأئمّة، مع أخذ الأُجرة فالفرق واضح فإنّ الأُجرة فى الأوّل على نفس العمل فيأخذ الأُجرة، ليصلّى فرائض نفسه أو يأتى بنوافلها، بخلاف الثانى، فإنّ الأُجرة فيها على النيابة و هى ليست من العبادات و التفصيل فى محلّه.

٣- أن يكون العمل حقّاً للغير فلو كان كذلك كانت الأُجرة سحتاً و لأجل

ذلك تحرم الأُجرة فى مقابل كفن المسلم و دفنه و الصلاة عليه فإنّ ظاهر الأدلّة كونها من حقوق الميّت على المسلم الحىّ فأخذ الأُجرة فيه كأخذ الأُجرة على عمل مستحقّ لآخر كما إذا نذر أن يبنى مسجد لله، فلا يجوز له أخذ الأُجرة فى مقابل العمل.

هذه هى الموانع الثلاثة عن صحّة الإجارة و أخذ الأُجرة و يمكن إرجاع الثانى إلى الأوّل، لأنّ الموجر لا ينتفع بعمل الأجير إذا كان

المورد أمراً عبادياً قربيّاً، إذ تشترط فى صحّته نيّة القربة غير الجامعة مع أخذ الأجرة. و أمّا إرجاع الثالث إلى الثانى، كما عليه المحقّق الرشتى «۱» فلا، لأنّ المفروض أنّ الميت أو وليّه ينتفع بعمل الأجير بدفن الميّت أو الصلاة عليه.

و أمّا المقام فليس القضاء ممّا لا ينتفع به أهل البلد أو المتحاكمان، بل هو قوام الحياة و المجتمع، و ليس عملًا عبادياً حتى لا يجتمع مع أخذ الأُجرة و ليس من حقوق الغير، و إلّا أصبح جميع الخدمات من هذا القبيل إذ أىّ فرق بين قضاء القاضى و مراقبة الحارس و مرابطة المجاهد فى الحدود، و طبابة الطبيب حيث لا تخطر ببال أحد، حرمة أخذ الأُجرة على تلك الخدمات بل الجواز فيها بمكان من الوضوح إذ تحريم أخذ الأُجرة فيها يوجب اختلال النظام و تسرّب الفوضى إلى المجتمع.

و كونه واجباً لا يمنع عن الإيجار ما لم يكن حقّاً للغير أو لم تكن الأدلّة ظاهرة فى كونه عملًا تبرعيّاً فإنّ الواجب على قسمين: واجب بقيد جواز أخذ الأُجرة، كما هو الحال فى الخدمات و الصناعات من غير فرق بين الكفائى و العينى و كون العامل فقيراً أو غنياً، فلا يمنع وجوب العمل فيها عن عقد الإيجار، و واجب بقيد كونه تبرعيّاً أو متعلّقاً لحقّ الغير. فمجرّد الوجوب لا يكشف عن كونه عملًا تبرعياً مستحقاً للغير، كما أنّ جواز الإجبار، لا يكشف عنه، فإنّ مناط الإجبار، كون العمل

---

(۱) القضاء: ۸۷.

معروفاً لا كونه حقّاً للغير فيأمره بالإتيان به لتلك الغاية.

إنّ من زعم أنّ الوجوب مطلقاً مانع من أخذ الأُجرة، من دون تفريق بين كونه حقّاً للغير و عدمه لما واجه الصناعات و الخدمات حيث إنّها واجبة مع جواز أخذ الأُجرة، حاول تصحيح أخذ الأُجرة بوجوه زائفة موجودة فى المكاسب المحرّمة للشيخ الأنصارى و نقلها السيد الطباطبائى فى المقام «۱» و الحقّ أن يقال: إنّ الوجوب بما هو هو غير مانع عن الإيجار و أخذ الأُجرة، و المانع كونه حقّاً للغير و ليس القضاء كذلك.

و على ضوء ذلك يجوز جعله على المتحاكمين بالتشريك بينهما كما يجوز جعله على المدّعى، أو على المحكوم عليه فيتّبع على كيفية الاتفاق.

قال الشهيد فى المسالك: ثمّ على تقدير جوازه بوجه ففى جواز تخصيص أحدهما به أو جعله على المدّعى أو التشريك بينهما أوجه، من الشكّ فى أنّها تابع للعمل أو للمنفعة الحاصلة، فعلى الأوّل هو عليهما و على الثانى يجب على المحكوم له أو على المدّعى. «۲»

أقول: الظاهر أنّه لو رفع المتحاكمان الشكوى إليه فالأُجرة عليهما، و إن رفع المدّعى فهو عليه، إلّا أن يكون هنا اتّفاق آخر.

ثمّ إنّ المحقق أجاز للمؤذّن و القاسم و كاتب القاضى و المترجم و صاحب الديوان و والى بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال المعدّ للمصالح و كذا من يكيل للناس و يزن و من يعلم القرآن و الآداب. «۳» من غير تفصيل بين كون العمل واجباً كفائياً أو عينياً أو كونهم من ذوى الكفايات أو من ذوى الحاجات. و لكنّه قدّس سرّه استشكل فى القاضى فيما إذا كان متعيّناً عليه و كان غنيّاً و الفرق عجيب.

---

(۱) السيد الطباطبائى: ملحقات العروة ۲/ ۲۰، المسألة ۱۷.

(۲) المسالك ۲/ ۳۹۳.

(۳) نجم الدين: الشرائع: ۴/ ۶۹.

نعم لو رفع المدّعى الشكوى إلى المجتهد و كان فقيراً، بذل الحاكم نفقة القضاء من بيت المال لئلا يتضرّر المسلم و لو تعذّر التوصل

إليه، فيجب على القاضى القيام به على الأحوط، من باب صيانة حقّ المؤمن كنفسه.

المسألة السادسة: فيما تثبت به ولاية القاضى

اشارة

تثبت ولاية القاضى بالأُمور التالية:

١- العلم ٢- البيّنة ٣- سماع التولية ۴- إقرار الإمام أو من نصبه بها ۵ حكم الحاكم ۶ الاستفاضة. و إليك بيانها:

أمّا العلم فهو أعلى الطرق و ليس وراءه شىء.

و أمّا البيّنة، فثبوتها بها يتوقّف على وجود إطلاق فى حجّية البيّنة و عدم اختصاصها بالمرافعات و الموارد الّتى وردت فيها بالخصوص و لعلّ الإمعان فى رواية «مسعدة بن صدقة» «١» و غيرها يعطى سعة حجيّتها و التفصيل موكول إلى محلّه.

و أمّا سماع التولية فلأنّ ظواهر الكلام حجّة فإذا قال: نصبت زيداً للقضاء، يكون الظنّ الحاصل منها حجّة و على ما ذكرنا فى علم الأُصول عند البحث فى حجّية الظواهر من أنّ الظواهر مفيدة للعلم بالمراد الاستعمالى يدخل هذا، فى القسم الأوّل و لمّا كانت الظواهر عند المشهور من الحجج الظنّية عدّوها سبباً مستقلًا.

و أمّا إقرار الإمام أو من نصبه بها، فلحجّية إقرار كل فيما يرجع إليه و يملكه و قد ثبت فى محلّه أنّ «من ملك شيئاً ملك الإقرار به».

و أمّا حكم الحاكم فالمقصود، هو حكم الحاكم فى البلد أو القاضى غير

---

(١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ۴ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۴.

المعزول على كون شخص منصوباً للقضاء، و حجّيته موقوف على حجيّة حكم الحاكم فى الموضوعات الخارجة عن حريم المرافعات و هو بعدُ غير ثابت لأنّ مقتضى الأدلّة حجّية رأيه فى الأحكام و المرافعات، و أمّا حجيّة رأيه فى الموضوعات التى لم ينسدّ باب العلم فيها فلا، لإمكان التوصل إليها بالطرق المقرّرة الشرعية.

نعم يمكن أن يقال: إنّ هناك موضوعات، لو لم نقل بحجّية حكم الحاكم فيها، لزم طرح الحكم المجعول لها و ذلك كالهلال مثلًا إذا كان حكم الحاكم حجّة فى ثبوت الهلال تكون الدواعى مصروفة إلى إعلامه بالرؤية، فإذا استفاض يقطع بصحّته فيحكم برؤية الهلال بخلاف ما إذا قلنا بعدم حجّية حكمه فلا يكون هنا داع إلى الإعلام فيلزم ترك الحكم المجعول لها. و مثلها المقام إذ مقتضى طبع الحال أن يطّلع حاكم البلد، على القاضى المنصوب لوجود مراسلات بينه و بين الحاكم الأعلى، بخلاف سائر الناس، فلو ألغينا حكمه، لزم طرح الآثار المترتّبة على القاضى المنصوب.

أمّا السادس، أعنى: الاستفاضة، فبما أنّها لم ترد فى لسان الدليل، فلا ملزم للغور فى تبيين مفهومها و البحث عن ثبوت الولاية بالشياع و عدمه، خال عن الفائدة فى الظروف الحاضرة لأنّ ثبوتها من أسهل الأُمور فيها فاللازم البحث عن أدلّة حجيّة الشياع فى الموضوعات من غير تقيّد بالمقام، و لما للبحث من فوائد فقهية: فنقول

استدلّ على حجيّة الشياع بوجوه:

الأوّل: مرسلة يونس

عن بعض رجاله عن أبى عبد الله قال: سألته عن البيّنة إذا أقيمت على الحقّ أ يحلّ للقاضى أن يقضى بقول البيّنة إذا لم يعرفهم من غير مسألة؟ فقال: «خمسة أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم: الولايات، و التناكح، و المواريث، و الذبائح، و الشهادات فإذا كان ظاهره ظاهراً مأموناً جازت شهادته و لا يُسأل عن باطنه». «١»

---

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٢، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٦٠

و رواه الصدوق فى الفقيه و ذكر مكان المواريث «الأنساب». «١»

و رواه فى الخصال عن أبى جعفر المقرى رفعه إلى أبى عبد الله عن آبائه عن على عليهم السَّلام: خمسة يجب على القاضى. «٢»

و رواه الشيخ بإسناده عن على بن إبراهيم إلّا أنّه قال مكان «بظاهر الحكم»: «بظاهر الحال». «٣»

و لعلّ عناية المشايخ الثلاثة بنقلها، تورث الاطمئنان بصدورها و لا يضرّها الإرسال و الرفع. إنّما الكلام فى فقه الرواية فندرسها نجوماً لإيضاح مفادها.

١- ما ذا يريد السائل من قوله: «أن يقضى بقول البيّنة إذا لم يعرفهم من غير مسألة» و كيف يقضى بشهادتهم مع عدم عرفانهم، و هل يجتمع ذلك مع لزوم إحراز عدالتهم؟

و الظاهر أنّ المراد لا يعرف مستند شهادتهم بشهادة قول السّائل: «من غير مسألة» و شهادة ما فى جواب الإمام من قوله: جازت شهادته و لا يُسأل عن باطنه.

٢- «خمسة أشياء، يجب على الناس أن يأخذوا بظاهر الحكم» إنّ لهذه الفقرة تفسيرين:

أ: المراد من قوله: «بظاهر الحكم» هو حكم الناس فتكون اللام للعهد الذكرى لسبق لفظ الناس و لو صحّ ما نقله الشيخ من «ظاهر الحال» مكان «ظاهر الحكم» يكون المراد حال الناس أى تلقّيهم هذه الأُمور صحيحاً. فيكون مفادهما واحداً، و الفقرة دليلًا على حجّية الشياع و حكم الناس فيها و الله سبحانه لأجل التسهيل على العباد جعل حكم الناس فيها حجّة على السائرين، فإذا

---

(١) الصدوق: الفقيه، ج ٣، ص ٩، برقم ٢٩.

(٢) الصدوق: الخصال، باب الخمسة، الحديث ٨٨.

(٣) الطوسى: التهذيب، ج ۶، ص ٢٨٨، برقم ٧٩٨.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١۶١

أشار الناس إلى واحد، بأنّه وال، و إلى آخر بأنّه زوج و إلى ثالث بأنّه وارث فلان، و إلى لحم بأنّه مذكّى، يقبل قولهم و يؤخذ به و لا يجب التجسّس. و هذا هو الذى فهمه المستدل بالرواية، على حجّية الشياع.

لكن هذا المعنى لا يلائم الموضوع الخامس (الشهادة) إذ لو أُريد منه أيضاً ذاك، كان على الإمام أن يقول: «و العدالة» أى إذا اشتهر بين الناس أنّ رجلًا عادل يقبل حكم الناس فى حقّه. لا أنّه إذا اشتهر بين الناس بالشهادة تقبل شهادته إذ ليس له معنى معقول و قد نقل المحقق الآشتيانى وجهاً له وصفه بالركاكة، فلاحظ «١».

إلّا أن يقال: الشهادة مصحف العدالة أو هو من قبيل ذكر المسبّب و إرادة السبب أى إذا قبل الناس شهادة رجل فعلى الشاكّ قبولها، لأنّه يكشف عن كونه عادلًا، فحكم الناس فى الأربعة الأُول، يثبت نفسها و فى الخامس يثبت منشأها و مستندها.

ب: أن يراد من ظاهر الحكم، حسن ظاهر الأفراد و المقصود أنّ حسن الظاهر حجّة فى الموارد الخمسة، و عليه يكون المراد من ظاهر الحال فى نقل الشيخ هو ذاك فإذا ادّعى الولاية، أو الزوجيّة أو الوراثة أو الذبح أو الشهادة و كانوا فى الظاهر مأمونين يقبل أقوالهم و

لا یتفحّص عن مستند أقوالهم و هذا المعنی یلائم الموارد الخمسة و یؤیّده الفقرة التالیة.

۳- «فإن کان ظاهره مأموناً جازت شهادته و لا یسأل عن باطنه» و إنّما خصّ الشاهدَ، بحسن الظاهر، مع کونه شرطاً فی الجمیع لأجل وجود السؤال فی حقّه حیث قال: «أن یقضی بقول البیّنة إذا لم یعرفهم من غیر مسألة» و عندئذ یکون الحدیث أجنبیاً عن الدلالة علی حجیّة الشیاع بل کان دلیلًا علی حجّیة قول المدّعی فی هذه الأمور بالشرط المذکور و لا دلیل علی اختصاص الولایة بالقضاء بل

(۱) الآشتیانی: القضاء: ۴۵

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۶۲

یعمّ الولایة فی التصرّف کالمتصرّف فی مال الغیر.

الثانی: صحیحة حریز

قال: کانت لإسماعیل بن أبی عبد الله علیه السلام دنانیر و أراد رجل من قریش أن یخرج إلی الیمن، فقال إسماعیل: یا أبه إنّ فلاناً یرید الخروج إلی الیمن و عندی کذا و کذا دینار، أ فتری أن أدفعها إلیه یبتاع لی بها بضاعة من الیمن؟ فقال أبو عبد الله علیه السلام: «یا بنیّ أما بلغک أنّه یشرب الخمر» فقال إسماعیل: هکذا یقول الناس، فقال: «لا! یا بنیّ لا تفعل».

فعصی إسماعیل أباه و دفع إلیه دنانیره، فاستهلکها و لم یأته بشیء منها، فخرج إسماعیل، و قضی أنّ أبا عبد الله علیه السلام حجّ و حجّ إسماعیل تلک السنة، فجعل یطوف بالبیت و یقول: اللّهمّ اجرنی و اخلف علیّ»، فلحقه أبو عبد اللّه علیه السلام فهمزه بیده من خلفه و قال له: «یا بنیّ فلا و الله ما لک علی الله هذا، و لا لک أن یأجرک و لا یخلف علیک، و قد بلغک أنّه یشرب الخمر فائتمنته».

فقال إسماعیل: یا أبه انّی لم أره یشرب الخمر إنّما سمعت الناس یقولون. فقال: «یا بنی إنّ الله عزّ و جلّ یقول فی کتابه: (یُؤْمِنُ بِاللّٰهِ وَ یُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِینَ) «۱» یقول: یصدّق اللّه و یصدّق للمؤمنین فإذا شهد عندک المؤمنون فصدّقهم، و لا تأتمن شارب الخمر انّ اللّه عزّ و جلّ یقول فی کتابه: (وَ لٰا تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَکُمُ) «۲» فأیّ سفیه أسفه من شارب الخمر؟ إنّ شارب الخمر لا یُزوّج إذا خطب، و لا یُشفّع إذا شفع، و لا یؤتمن علی أمانة، فمن ائتمنه علی أمانة فاستهلکها لم یکن للذی ائتمنه علی اللّه أن یأجره و لا یُخلف علیه» «۳».

قال صاحب الجواهر: بعد نقل الروایة إذ هو کما تری کالصریح فی اعتبار الشیاع الذی أعلی أفراده هو قول الناس و شهادة المؤمنین و نحوهما مما مذکور فیه و به أدرجه فیما دلّ علی النهی عن ائتمان شارب الخمر. «۴»

(۱) التوبة: ۶۱.

(۲) النساء/ ۵.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۶ من أبواب أحکام الودیعة، الحدیث ۱.

(۴) الجواهر: ۴۰/ ۵۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۶۳

و بذلک یعلم عدم تمامیة ما ذکره المحقق العراقی فی ردّ الاستدلال بالحدیث إنّ ظاهر الحدیث هو أنّ الإمام علیه السلام یعلّم ولده آداب المعاشرة حیث ینبغی أن یسلک فی مثل هذه الموارد طریق الاحتیاط و أن یصدّق الناس فی الظاهر تصدیقاً صوریاً. «۱»

یلاحظ علیه: أنّ لسان الروایة لسان الإحراز و الحجّیة حیث یقول: «و لا تأتمن شارب الخمر إنّ الله عزّ و جلّ یقول فی کتابه: (وَ لٰا تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَکُمُ) و أیّ سفیه أسفه من شارب الخمر» نعم لا یلزم من حجّیة الشیاع کونه حجّة فی جمیع الموارد فلا یُحدّ الإنسان

و إن شاع أنّه سارق أو زان إذ لإجراء الحدّ شروط خاصة.

و مع ذلک کلّه فالإذعان بما ذکر مشکل جدّاً، إذ من المحتمل أن یکون المراد من التصدیق الحذر و الاحتیاط لا ـ ترتیب الآثار الشرعیة. و یؤیده ما فی کلام الإمام الکاظم لمحمد بن الفضیل أیضاً: یا محمّد کذّب سمعک و بصرک عن أخیک المؤمن و لو شهد عندک خمسون قسامة و قال لک قولًا فصدّقه و کذّبهم. «۲»

فإنّ تکذیب خمسین قسامة، تکذیب لبیّنة شرعیّة، و لو کان المراد هو التکذیب الجدّی، لحفظ قول مؤمن واحد یلزم ترجیح المرجوح علی الراجح و هو أقبح من الترجیح بلا مرجح. و هذا یعرب عن کون تصدیق المؤمنین و تکذیبهم، لیس بالمعنی الحقیقی بل الغایة هو الدعوة إلی الحذر و الاحتیاط، فمقتضی الاحتیاط فی مورد الاتّهام بشرب الخمر هو عدم الائتمان، کما أنّ مقتضاه فی المورد الثانی، عدم ترتّب الأثر فی حقّ الأخ عند تکذیبه.

الثالث: ما ورد فی متاع الرجل و المرأة

، إذا مات أحدهما فادّعاه ورثة الحیّ و ورثة المیّت أو طلّقها فادّعاه الرجل و ادّعته المرأة، فقد قضی الإمام بأنّ المتاع

---

(۱) المحقق العراقی: القضاء ۲۰.

(۲) تفسیر نور الثقلین: ج ۳، ص ۵۸۲؛ ثواب الأعمال ۲۹۵؛ البحار: ۷۵، ص ۲۵۵، الحدیث ۴۰.

للمرأة مستدلًا بقوله: «أ رأیت إن أقامت بیّنة إلی کم کانت تحتاج؟» فقلت: شاهدین، فقال: «لو سألت من بین لابتیها یعنی الجبلین و نحن یومئذ بمکّة لأخبروک أنّ الجهاز و المتاع یُهدی علانیة من بیت المرأة إلی بیت زوجها فهی التی جاءت به، و هذا المدّعی (الرجل) إن زعم أنّه أحدث فیه شیئاً فلیأت علیه البیّنة». «۱»

و ظاهر الحدیث أنّ الاعتداد بشهادة من بین لابتین لأجل إفادته العلم و الیقین، فإنّ المتاع قد نقل علی رءوس الأشهاد من بیت المرأة إلی بیت الزوج، فکیف یصحّ للزوج أن یدّعی أنّه له. فلا صلة له بالشیاع بما هو هو.

الرابع: ما رواه فی الوسائل عن تفسیر الإمام الحسن العسکری علیه السلام

من أنّ المدّعی إذا جاء بشهود إلی النبیّ الأکرم و هو لا ـ یعرفهم بخیر و لا ـ شرّ، یرسل من خیار أصحابه من یسألهما عن قبائلهما و أسواقهما، و محالهما، و الربض الذی ینزلانه حتی یخبراه بحالهما .... «۲»

و الحدیث مع ضعف سنده و عدم صلاحیته للاحتجاج ینزل علی حصول العلم، من الفحص من تلک المظان، و لا صلة له بالشیاع.

الخامس: ما فی صحیحة عبد اللّه بن أبی یعفور:

من بیان ما تعرف به العدالة: ... فإذا سئل عنه فی قبیلته و محلته قالوا: ما رأینا منه إلّا خیراً .... «۳»

یلاحظ علیه: انّه جعل قضاء الناس فی حقهما، جزء السبب لا تمامه کما هو ظاهر لمن لاحظها و المدّعی کون الشیاع تمامه.

إلی هنا کانت الأدلّة مسوقة لبیان حجّیة الشیاع علی وجه الإطلاق بخلاف الوجهین التالیین فانّهما یختصّان بحجّیته فی باب الولایة.

(۱) الوسائل: الجزء ۱۷، الباب ۸ من أبواب میراث الأزواج، الحدیث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۶ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱، و هو حدیث مفصل.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۶۵

السادس: السیرة المستمرّة من زمن النبی صلّی الله علیه و آله و سلّم

حیث استقرّت علی تعیین الولاة و إثباتها بالاستفاضة و لم یکن دأب النبی أو من نصبوه لنصب القاضی، إرسال البیّنة العادلة عند کل أحد، مع القاضی المنصوب حتی تشهد لولاته. «۱»

یلاحظ علیه: أنّ إرسال القاضی کان مرفّقاً برسالة مأمونة من التزویر و کانت مفیدة للاطمئنان لوجوه أهل البلد الذین کانوا یقابلون القاضی قبل کل أحد، و کان تصدیقهم مورثاً للعلم لغیرهم فلا یصحّ القول بأنّا نعلم بعدم حصول العلم.

السابع: عسر إقامة البیّنة فیجب سماع الاستفاضة فیها

أمّا الصغری فواضحة حیث إنّ إقامة البیّنة العادلة عند کل من یحتاج للرجوع إلیه مشکل جدّاً و أمّا الکبری فلما یستفاد من النصوص أنّه کلّما تعسّرت إقامة البیّنة یقوم غیرها مقامها.

و أورد علیه أنّ عسر اقامة البیّنة لا یوجب الانتقال إلی غیرها بل ربّما یوجب سقوط وجوب الإقامة کما هو الحال فیما إذا لم یعلم إلّا من قبلها أو سقوط بعض شروطها کالمذکورة فی شهادة النساء علی الحمل، أو سقوط العدالة، کما إذا حضر الموت و لم یکن عند المحتضر مسلم عادل فیجوز إشهاد غیر المسلم لقوله سبحانه: (یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا شَهادَةُ بَیْنِکُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَکُمُ الْمَوْتُ حِینَ الْوَصِیَّةِ اثْنانِ ذَوا عَدْلٍ مِنْکُمْ أَوْ آخَرانِ مِنْ غَیْرِکُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِی الْأَرْضِ فَأَصابَتْکُمْ مُصِیبَةُ الْمَوْتِ ...) (المائدة/ ۱۰۶). «۲»

لقد تلخّص من هذا البحث الضافی حول الشیاع عدم دلیل صالح یعطی کون الشیاع حجّة بنفسه و لو کان هناک دلیل من إجماع أو غیره علی حجیّته فی موارد کالهلال «۳» و النسب یکتفی به و إلّا فلو أفاد الاطمئنان فهو و إلّا فلا یعدّ دلیلًا

(۱) الآشتیانی: القضاء/ ۴۳، هذا الوجه و ما بعده مختصّ بباب الولایة.

(۲) الآشتیانی: القضاء/ ۴۳ مع تفصیل منّا.

(۳) لاحظ الوسائل: الجزء ۷، الباب ۱۱ من أبواب شهر رمضان، الحدیث ۱۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۶۶

شرعیّاً.

و فی ما أفاد الاطمئنان لا یصلح دلیلًا للحکم فی المرافعات و الحدود، لأنّ الاعتبار فی المرافعات بالبیّنة، و فی غیرها کالحدود بما ورد فیها من الخصوصیات.

بقی الکلام فی أُمور:

الأوّل: هل حجّية الشياع على القول بحجّيته مشروطة بإفادته العلم، أو الاطمئنان المتاخم له، أو الظن المطلق أو هو حجّة مطلقاً؟

اختار الأخير صاحب الجواهر و قال: «المدار على تحققه» (۱) و لا سبيل إلى الأوّل لأنّه يُلحقه بما لا شكّ فی حجّيته، و يكون تعليق الحكم بالشياع عندئذ لغواً، و أمّا الأخير فهو بعيد عن مذاق العقلاء فإنّهم يعتبرون الشياع طريقاً إلى الواقع و لو أمضاه الشارع فإنّما أمضاه لأجل ذلك الملاك، و احتمال التعبدية فی حجية الأمارات العقلائية بعيد عن لسان الآيات و الرواية، فدار الأمر بين المتاخم للعلم و الظن المطلق، و بما أنّ الموضوعات الواردة فی مرسلة يونس بن عبد الرحمن على فرض دلالتها من مهامّ الأُمور، فمن البعيد حجّية الظن المطلق فی الولايات التی تمارس الدماء و الأعراض و الأموال. فلم يبق إلّا الاطمئنان الذی هو علم عرفی.

و الذی يسهل الخطب أنّ الشياع الطبيعی لا يفارق الاطمئنان فی ظرف من الظروف إلّا إذا كان للمورد خصوصية تورث سوء الظن بالخبر و هو خارج عن مصبّ البحث. و الحاصل أنّ كل مورد يكون خارجاً عن احتمال التوطئة، يكون الشياع مفيداً للاطمئنان.

الثانی: فی العدد المحقِّق للشياع

و الظاهر أنّه لا يمكن تحديده كما لا يمكن تحديد العدد المحقق للتواتر لأنّ طبيعة الموضوعات مختلفة اذ الدواعی إلى الجعل و المؤامرة و التوطئة موجودة فی بعضها دون بعض فإنّه إذا كان المناط هو الشياع

---

(۱) النجفی: الجواهر ۴۰/ ۵۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۱۶۷

المفيد للاطمئنان فتجب الاستفاضة إلى حدّ يفيده، و هذا يختلف حسب اختلاف الموضوعات فی القرب من دواعی الجعل و عدمه، و حسب صلتها بالسياسة و الأهواء و الميول، و لذلك يجب التربّص حتى يحصل الاطمئنان.

الثالث: هل الشياع حجّة فی خصوص الخمسة الواردة فی مرسلة يونس أو يعمّها و غيرها؟

و قد استظهر صاحب الجواهر عموم اعتباره لغير المذكورات فيها، لأنّ صريح صحيحة حريز هو ثبوت الفسق لكن التعدّی إلى غيرها يحتاج إلى الدليل، و ذلك لأجل ورود العدد فی المرسلة نعم بما أنّها ليست بحجّة لإرسالها و إجمال المراد منها يؤخذ بإطلاق ما دلّت الصحيحة عليه. كلّ ذلك على فرض ثبوت حجّية الشياع بما هو هو و إلّا فيكون أشبه بالسالبة بانتفاء الموضوع.

المسألة السابعة: فی نصب قاضيين فی البلد الواحد

اشارة

إذا كان البلد صغيراً أو كانت المرافعات قليلة، على وجه ترتفع الحاجة بممارسة الواحد، يكتفى بنصب قاض واحد و أمّا إذا كانت هناك حاجة إلى التعدد فيجوز نصب قاضيين فی البلد الواحد و أمّا كيفية ممارستهما فلها وجوه بالنحو التالی:

۱- تخصيص كلّ واحد بطرف فی البلد كالشرق و الغرب.

۲- تخصيص كلّ واحد بزمان خاص كالصباح و المساء.

۳- تخصیص واحد، بالحقوق و الآخر بالجزاء.

و لیس ذلک، تضییقاً فی ولایته و لا مخالفاً لاستقلال القاضی و إنّما هو من باب تقسیم المسئولیات بین القضاة حتی تجری الأُمور علی أحسن الوجوه.

۴- جعل کلّ واحد قاضیاً فی تمام البلد، و تمام الجهات فی الحقوق و الجزاء و ذلک لکثرة المراجعات و الشکاوی، و لکل غرفة فی دائرة القضاء.

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء؛ ج ۱، ص: ۱۶۸

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۶۸

۵ التشریک بینهما فی الجهة الواحدة علی جهة الاجتماع علی الحکم الواحد، کان ینصبا، للقضاء فی حادثة علی وجه الاتفاق، و إصدار الحکم علی وجه الاشتراک و لا یتحقّق إلّا بالتوافق قبل إصداره.

۶- تلک الصورة و یکون الاعتبار للرأی الحائز لأکثر الآراء.

۷- تلک الصورة و یکون الاعتبار للرأی الحائز لنصاب خاصّ من الآراء لا مطلق الأکثریة کأربعة أخماس من خمسة آراء.

هذه هی الصور المتصوّرة فی المقام و لیس فی کلمات القوم أثر من السادس و السابع، مع کونهما رائجین بین العقلاء و المجامع القضائیة العالمیة.

فندرّس أحکام الصور، أمّا الثلاثة الأول فلا شبهة فی صحّتها، إنّما الکلام فی أحکام الصور الباقیة و إلیک دراستها:

الف: نصب قاضیین فی البلد فی جمیع الجهات

اشارة

إنّ الداعی لهذا النوع من النصب صلاحیة کلّ من القاضیین للقضاء فی جمیع الجهات، مع مسیس الحاجة إلیهما، کما یجوز نصب وکیلین تامی الاختیار فی الأموال بیعاً و إجارة و رهناً و غیرها، نعم إنّ هذا النوع من النصب ربّما یورث التنازع بین المترافعین إذ یمکن أن یختار کل رجلًا هذا بخلاف ما إذا کان القاضی واحداً و هذه الصورة هی الّتی أشار إلیها صاحب الجواهر مع الإیعاز بما یترتّب علیه من التنازع و قال: و أولی من ذلک (القضاء علی وجه الاتفاق الصورة الخامسة) التشریک بینهما علی جهة الاستقلال کما فی نصب الغیبة إلی أن قال: و التنازع یندفع بتقدیم من سبق داعیه منهما و لو جاءا معاً حکم بالقرعة و لو ابتدأ المتنازعان بالذهاب إلیهما من غیر دعاء، قدّم من یختاره المدَّعی. «۱»

و قال النراقی: إذا کان هناک مجتهدان أو أکثر یتخیّر فیهما الرعیّة، فالحکم

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۶۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۶۹

لمن اختاره المدّعی و هو المتّبع له إجماعاً له، و لأنّه المطالِب بالحقّ، و لا حقّ لغیره أوّلًا فمن طلب منه المدّعی استنقاذ حقّه یجب علیه الفحص فیجب اتّباعه و لا وجوب لغیره. «۱»

أقول: ما ذكره العلمان هو الحقّ إذ المـدّعی له حقّ إقامة الدعوی، فی تمام المحاكم الشـرعیة دون محكمة خاصّة، و من له هذا الشأن، یكون التعیین بیده.

غیر أنّ السیّد الطباطبائی لم یرتض ذلك و قال ردّاً علی المسـتند: إنّ كون الحقّ له غیر معلوم، و إن أُریـد حقّ الدعوی له حیث إنّ له أن یـدّعی و له أن یترك، ففیه أنّ مجرد هـذا لا یوجب تقدیم مختاره إذ بعد الدعوی یكون للآخر أیضاً حقّ الجواب مع أنّه یمكن أن یسبق المـدّعی علیه بعد الدعوی إلی حاكم و یطلب منه تخلیصه من دعوی المدّعی فمقتضـی القاعدة مع عدم أعلمیة أحد الحاكمین هو القرعة إلّا إذا ثبت الإجماع علی تقدیم مختار المدّعی. «۲»

یلاحظ علیه بأمرین:

۱- لا شكّ أنّ للآخر حقّ الجواب، لكن هـذا الحقّ إنّما یتولـد، بعـد إقامة الدعوی لدی الحاكم المختار للمدّعی، فلا یمكن أن یكون مانعاً من اختیاره و یكون أشبه بمنازعة النتیجة مع المقدمة.

۲- إنّ للآخر الرجوع إلی حاكم آخر یطلب منه تخلیصه من دعوی المدّعی، لكنه إنّما یتحقق بعد صدور الحكم من الحاكم الأوّل إمّا لأجـل وجود البیّنـة للمـدّعی، أو لنكول المنكر و ردّه الیمین إلی المـدّعی، و أمّـا قبله فلم یحكم علیه بشـیء حـتی یكلف تخلیصه من الحاكم الثانی.

ثمّ قال السیّد الطباطبائی: هذا إذا كان أحدهما مدّعیاً و الآخر منكراً و أمّا

---

(۱) النراقی: المستند ۲، كتاب القضاء/ ۴۹۸.

(۲) الطباطبائی: ملحقات العروة الوثقی: ۲/ ۱۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۷۰

مع تـداعیهما بـأن یكون كـلّ مـدعیاً من وجه و اختار كلّ منهما غیر ما اختاره الآخر مع فرض تساویهما فلا ینبغی الإشـكال فی القرعة كمـا إذا زوّجت البـاكرة الرشـیدة نفسـها من رجـل، و زوّجهـا أبوهـا من آخر فتنازع الرجل فی زوجیّتها أو تنازع الولـد الأكبر مع سائر الورثة فی كون الحبوة مجّانیة أو بعوض الإرث أو تنازع اثنان فیما فی ید ثالث أو فیما لا ید لأحد علیه، فمع اختیار كلّ من المتنازعین حاكماً للترافع و إصرارهما علی ذلك یكون المرجع هو القرعة.

أقول: ما ذكره من أنّ المرجع هو القرعـة إنّما یتمّ فیما إذا كان من قبیل الشـبهات الموضوعیـة كما لو تنازعا فی مال فی ید ثالث و أمّا إذا كانت الشـبهة موضوعیـة كما فی مثال التزویج و الحبوة، فالمرجع هو القاضـی الأعلم فی البلدة، لوجوب تقلیده و عدم حجّیة فتوی غیره و قد عرفت أنّ القضاء فیها، إفتاء أوّلًا، ثمّ قضاء.

فتلخّص أنّ هناك صوراً:

۱- إذا كان هناك ادّعاء من جانب و انكار من جانب آخر فتعیین القاضی بید المدّعی.

۲- إذا كان هناك تداع و كانت الشبهة موضوعیة فتعیین القاضی بالقرعة بینهما.

۳- إذا كانت حكمیة فیرجع إلی أعلم القضاة فی البلد.

ب: نصب قاضیین لممارسة القضاء علی وجه الاتفاق

اشارة

هذه هى الصورة الخامسة و قد جاءت المسألة فى كتب لفيف من الأصحاب كالمحقّق و من بعده و إليك نصوصهم:

١- قال المحقّق: و هل يجوز التشريك بينهما فى الولاية الواحدة؟ و الوجه

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٧١

الجواز لأنّ القضاء نيابة تتبع اختيار المنوب. «١»

٢- قال العلّامة فى القواعد: و لو اشترط اتّفاقهما فى حكم فالأقرب الجواز. «٢»

٣- و قال فخر المحققين فى شرحه: وجه القرب أنّه أضبط و لجوازه فى الشهادة و هى الأصل و أنّهما كالوليين و الوصيين و يحتمل عدمه لأنّ الخلاف فى مواقع الاجتهاد كثير و هو يؤدى إلى تعطيل الحكم فيبقى أكثر الخصومات غير مفصولة، و الأقرب عندى هو الأوّل. ٣

٤- و قال العلّامة فى الإرشاد: و لو شرط اتّفاقهما فى كلّ حكم لم يجز. ۴

۵- و قال الشهيد: و لو شرط اتّفاقهما فى الأحكام ففيه نظر من تضييق موارد الاجتهاد، و من أنّه أوثق فى الحكم عندنا لأنّ المصيب واحد. ۵

۶- و قال الشهيد الثانى: فإن شرط عليهما الاجتماع على الحكم الواحد ففى جوازه وجهان:

أحدهما: العدم لأنّ الخلاف فى مواقع الاجتهاد ممّا يكثر فيبقى الخصومات غير مفصولة.

و الثانى: و هو الذى اختاره العلّامة و ولده، الجواز لأنّه أضبط و أوثق فى الحكم خصوصاً عندنا من أنّ المصيب فيه واحد. و على هذا فإن اختلف اجتهادهما فى المسألة وقف الحكم و إنّما ينفذان ما يتفق فيه اجتهادهما. ۶

و قال السيّد العاملى: لا خلاف فى جواز تعددهم بحسب اختلاف البلدان أو الأحكام أو الأزمان و إنّما الكلام فيما إذا اتّحد الحكم كأن يشترط اجتماعهما فى حكم أى نوع من الأحكام أو الصنف أو كل حكم، و المصنف (العلّامة) هنا

---

(١) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ٧٠.

(٢) ٢ و ٣ الإيضاح فى شرح القواعد: ۴/ ٣٠٠.

(٣) ۴ العلّامة الحلّى: إرشاد الأذهان: ٢/ ١٣٩.

(۴) ۵ مكى العاملى، الدروس الشرعيّة: ٢/ ۶٧.

(۵) ۶ زين الدين العاملى: المسالك: ٢/ ٣٩۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٧٢

و الفخر ظاهراً و الشهيد الثانى على الجواز و استدل عليه بعضهم بأنّ القضاء نيابة فيتبع اختيار المنوب كالوكيلين و الوصيين و فيه أنّه كالمصادرة، و الأولى الاستدلال عليه بالأصل و عموم الأدلّة و كونه فى معنى قصر ولايتهما بما يتفقان عليه فيكون أوثق و أضبط قالوا: فإن اختلف اجتهادهما فى المسألة وقف الحكم فيرجعان إليه عليه السلام.

و ذهب المصنف فى الإرشاد و التحرير إلى عدم الجواز لأنّه يؤول إلى تعطيل الأحكام و بقاء المنازعة. قلت: الأولى الاستدلال عليه بأنّهما إن صلحا للقضاء فلا معنى لاشتراط اتّفاقهما مع ظهور اختلاف الاجتهاد كثيراً و إلّا فلا معنى لتوليتهما و إلّا فما استندوا إليه فى المنع يندفع بأدنى ملاحظة فيما ذكرناه من أدلّة المجيزين، ثمّ اختار الجواز لأنّه قد تقضى المصلحة قصر ولايتهما على ما يتفقان فيه و إن كان كل منهما صالحاً للقضاء. «١»

أقول:

یقع الکلام فی جهات:

الأُولی: التصویر الصحیح من هذا القسم

، فهل المراد منها، کون القاضی مجموعهما علی وجه یکون کلّ واحد نصف قاض أو أنّ المراد أنّ کلّ واحد قاض تامّ و لکن الحکم لا ینفذ بدون الاتّفاق؟ و الظاهر هو الثانی، بدلیل تشبیه المقام بالوصیین و الوکیلین فإنّ کلّ واحد وصیّ إلّا أنّه لا ینفذ تصرّفه إلّا برضا الآخر، و لأجل ذلک لو مات أحدهما یبقی الآخر وصیّاً تام الاختیار و لا یحتاج إلی ضمّ غیره إلیه.

الثانیهْ: فی تلخیص أدلّهْ الطرفین

. إنّ المجیز و المانع استندا إلی وجوه مختلفهْ، فاستند المجیز إلی:

۱- کونه أوثق و أضبط فیکون أوقع.

۲- إنّهما کالوکیلین و الوصیین.

---

(۱) العاملی: مفتاح الکرامهْ ۱۰/ ۱۲.

نظام القضاء و الشهادهْ فی الشریعهْ الإسلامیهْ الغراء، ج۱، ص: ۱۷۳

۳ إذا جاز فی الشهادهْ التی هی الأصل للقضاء یجوز فی المقام.

۴- إنّ الجواز مقتضی الأصل و العمومات.

و علیه لو اتّفقا ینفذ و إلّا یوقف.

استند المانع إلی:

۱- أنّ الخلاف فی مواقع الاجتهاد کثیر و هو یؤدی إلی تعطیل الأحکام.

۲- أنّه تضییق لموارد الاجتهاد و لعلّه یرید أنّه تضییق لولایهْ القاضی و مخالف لاستقلاله.

۳- أنّهما إن صلحا للقضاء فلا معنی لاشتراط الاتّفاق و إلّا فلا معنی لتولیتهما.

الثالثهْ: فی القضاء بین القولین

هو أنّ مورد النزاع غیر منقح فی کلامهم فإن کان النزاع فی المنصوب الخاص کما هو الظاهر من کلام السیّد العاملی حیث قال: «فیرجعان إلیه علیه السلام» فلا موضع للجدال، لأنّ ولایهْ القاضی ضوء من ولایهْ الإمام، فهی تتّبع کیفیهْ الإفاضهْ فتارهْ یتولّی عنه علی وجه الاستقلال و أُخری علی وجه التشریک و شرط الاتّفاق قال سبحانه: (هٰذَا عَطَاؤُنَا فَامْنُنْ أَوْ أَمْسِکْ بِغَیْرِ حِسَابٍ) (ص/ ۳۹). و لعلّ المفروض فی کلام المحقق أیضاً هو هذه الصورهْ حیث قال: «لأنّ القضاء نیابهْ تتّبع اختیار المنوب» و مع هذا لا حاجهْ للاستدلال بالأوثقیهْ أو التشبیه بالوکیلین أو الوصیین أو الشهادهْ. و لم أتحقق وجه التمسک بالأصل فی المقام فی کلام السیّد العاملی، و أمّا العمومات فهی فرع وجود البیان من هذه الجههْ.

کما أنّه لا یصلح للمنع قوله بأنّه یؤدی إلی تعطیل الأحکام ضرورهْ أنّه محدّد بما إذا لم یؤدّ إلی التعطیل، أو قوله: إنّه إن صلح للقضاء فلا معنی للاشتراط، لما عرفت من أنّها مفاضهْ منه فتتّبع کیفیهْ الإفاضهْ.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۷۴

و لو کان هذا محطّ النزاع فالبحث عنه لغو فی زماننا.

و أمّا إذا کان محطّ النزاع هو القاضی المأذون فی عصر الغیبة و إن شئت قلت: المنصوب العام فإن لم تکن هناک دولة إسلامیة یرأسها الفقیه، فلا موضوع للنصب حتّی یتحدّد بالاستقلال أو التشریک إنّما الکلام إذا کانت دولة إسلامیة و صار التنفیذ محدّداً بالنصب لأجل حفظ النظام، و عدم تسرّب الفوضی إلی المجتمع، فیقع الکلام فی جواز هذا التحدید و هو فرع جواز تضییق دائرة ولایة القاضی و استقلاله و المفروض أنّ للقاضی فی عصر الغیبة الولایة التامّة و لیس للفقیه الرئیس تحدید الولایة و أمّا حدیث النصب فهو شرط النفاذ، لا الولایة، و إلّا فله الولایة نُصب أم لا و معه کیف یمکن له أن تحدّد ولایة القاضی و استقلاله و یشترط الاتّفاق و هذا هو المهم فی المسألة.

نعم لو اقتضت المصلحة فله أن یحکم علیهما حکماً حکومیاً علی أن لا یصدر إلّا عن الاتّفاق، و الإمساک عند الاختلاف فی الرأی، و لو لم یکن هناک حکم بالإمساک، و اختلفا فی الرأی و الحکم فإذا کانت الشبهة موضوعیة یتساقطان و یرجع إلی ثالث یعیّنه المدّعی و إن کانت حکمیة فیؤخذ بقضاء الأعلم کما لا یخفی و هذا یستفاد من روایة ابن حنظلة «۱» و داود بن الحصین ۲ و غیرهما کما لا یخفی.

و بذلک یعلم حال الصورتین الأخیرتین فی المنصوب الخاص و العام، و المحاولة الأخیرة تجری فیهما أیضاً، فالتحدید لا بدّ أن یکون قیداً للتنفیذ، لا للولایة، و أن یکون هناک حکم حکومیّ لإمساک المخالف عن إصدار الحکم. فلو تحقّق الموضوع من الأکثریة أو النصاب الخاص ینفذ و إلّا فلا. و لو صدر الحکم المخالف، یکون المرجّح فی الشبهة الحکمیة هو الأفقهیة الواردة فی الروایات، و إن کانت موضوعیة یتساقطان فیرجع إلی قاض آخر.

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹، من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۱، ۲۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۷۵

المسألة الثامنة: فی انعزال القاضی و عزله

قد تعرّفت فیما مضی علی الشرائط المعتبرة فی عقد القضاء، ابتداءً، فیعتبر فیه العقل و البلوغ و العدالة، و الاجتهاد و الضبط العادی، و لو افترضنا أنّه افتقد فی الأثناء بعض هذه الشرائط کما إذا جنّ أو فسق أو زال الاجتهاد و الضبط، یُعزل عن القضاء من غیر فرق بین القاضی المنصوب و المأذون لأنّ المتبادر من الأدلّة کونها معتبرة ابتداءً و استدامة، لقبح تسلیط المجنون و الفاسق و من لا یصلح للقضاء علی النفوس و الأعراض و الأموال، و بعبارة أُخری: مناسبة الحکم و الموضوع تقتضی کونها شروطاً مطلقة.

و علی ضوء ذلک لو حکم لم ینفذ واقعاً و لو جهل حاله و حکم، یکون نافذاً ظاهراً و لو بان الخلاف یکشف عن بطلانه من أوّل الأمر.

هذا من غیر فرق بین القاضی المنصوب و القاضی المأذون، لأنّها شرائط واقعیة علی وجه لولاها، لما عقد له القضاء.

و لو افترضنا عود الوصف الزائل، کما لو صار عادلًا، أو ضابطاً یحتمل الفرق بین المنصوب، و المأذون، لأنّ الثانی بعد عود الوصف یدخل تحت العمومات الواردة فی المقبولة و غیره، بخلاف المنصوب ففیما لو توقّف النفاذ علی النصب، کما فی زمان الحضور مع بسط الید، أو الغیبة مع قیام الدولة الإسلامیة، فعود الوصف و إن کان یلازم عود الولایة، لکن المفروض، اشتراط النصب فی النفاذ فلا ینفذ حکمه إلّا بعد النصب الجدید. هذا ما بنینا علیه فی الدورة السابقة.

و لکن یمکن أن یقال: إنّ أساس القضاء هو الولایة و المفروض عودها و هذا کما إذا قال الإمام: صلّ خلف العادل، و افترضنا أنّ

عادلًا فسق ثمّ تاب فيدخل التائب تحت قوله: «صلّ خلف العادل» و لا يضرّ عدم انطباقه عليه فى الأثناء فلو

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۷۶

كان لدليل النصب عموماً أزمانياً يُتمسّك به إلّا فيما دلّ الدليل على خروجه.

فهل ينعزل بمجرّد العزل أو بعد بلوغ الخبر، تظهر الثمرة فى صحّة الأحكام الصادرة بين العزل و البلوغ، قال فى المسالك: فيه قولان أظهرهما الثانى لمعظم الضرر فى ردّ أقضيته بعد العزل و قبل بلوغ الخبر فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل.

و السيرة الرائجة بين العقلاء هو العزل بعد بلوغ الخبر، و هو المتّبع ما لم يردع عنه الشارع و هو الظاهر من سيرة الإمام على عليه السلام كما فى كتابه إلى أبى موسى الأشعرى عند ما كان عامله على الكوفة و بلغه عنه تثبيطه الناس عن الخروج إليه لمّا ندبهم لحرب الجمل و هو: «من عبد الله، على أمير المؤمنين، إلى عبد الله بن قيس. أمّا بعد: فقد بلغنى عنك قول هو لك و عليك فإذا قدم رسولى عليك، فارفع ذيلك، و اشدد مئزرك، و اخرج من جُحْرك». «۱»

المسألة التاسعة: فى انعزال القضاة بموت الإمام

اشارة

إذا مات الإمام فهل ينعزل القضاة المنصوبون به أو لا؟ فيه خلاف و الكلام يقع تارة فى الإمام المعصوم و أُخرى فى الحاكم الإسلامى الأعلى.

و إليك بعض الكلمات:

۱- قال المحقّق: إذا مات الإمام عليه السلام، قال الشيخ: الذى يقتضيه مذهبنا انعزال القضاة أجمع. و قال فى المبسوط: لا ينعزلون لأنّ ولايتهم ثبتت شرعاً، فلا تزول بموته عليه السلام، و الأوّل أشبه. «۲»

قال ابن سعيد: و إذا مات الإمام انعزل النائبون عنه. «۳»

و قال العلّامة فى القواعد: و لو مات إمام الأصل فالأقرب انعزال القضاة. «۴»

---

(۱) نهج البلاغة، قسم الكتب، برقم ۶۳.

(۲) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۷۱.

(۳) ابن سعيد الحلى: جامع الشرائع ۵۴۰.

(۴) مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۲۱، قسم المتن.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۷۷

و قال أيضاً فى الإرشاد: و ينعزل بموت الإمام و المنوب. «۱»

و القول المشهور عند الفقهاء هو الانعزال و ما نقله المحقّق عن الشيخ فى المبسوط، لم نعثر عليه فى كتاب القضاء منه و قد نقل العاملى الانعزال عن النافع، و التحرير، و الدروس، و المسالك، و المجمع و حتّى عن الشيخ فى المبسوط.

و مع ذلك يظهر من المسالك وجود قولين بين الفقهاء قال: اختلف كلام الشيخ و غيره من الفقهاء فيما لو مات إمام الأصل هل ينعزل القضاة أم لا؟ فقيل: ينعزلون مطلقاً، لأنّهم نوّابه و ولايتهم فرع على ولايته، فإذا زال الأصل تبعه الفرع، و قيل: لا ينعزلون، لأنّ ولايتهم ثبتت شرعاً فيستصحب و لما يترتّب على الانعزال من الضرر العام اللاحق بالخلق بخلوّ البلدان عن الحكّام إلى أن يتجدّد للإمام اللاحق نوّاب فيعطّل المصالح. و الأظهر هو الأوّل.

و قد یقدح هذا فی ولایة الفقیه حال الغیبة و أنّ الإمام جعله قاضیاً و حاکماً فیجری فی حکمه ذلک الخلاف إلّا أنّ الأصحاب مطبقون علی استمرار تلک التولیة فإنّها لیست کالتولیة الخاصّة بل علی حکم بمضمون ذلک فإعلامه بکونه من أهل الولایة علی ذلک، کإعلامه بکون العدل مقبول الشهادة وذی الید مقبول الخبر و غیر ذلک و فیه بحث. «۲»

إنّ القائل بالانعزال یتمسّک بفرعیة ولایته علی إمامة الأصل الذی مات. و القائل بعدمه یتمسّک باستصحاب الولایة أوّلًا، و لما یترتّب علی الانعزال من تعطیل المصالح ثانیاً و الظاهر أنّ القولین مبنیان علی أمر آخر و هو أنّ المنشأ هو النیابة أو إعطاء المنصب کما سیظهر.

و لعلّ نظر الشهید من قوله: «و فیه بحث» إلی ما یلی:

۱- لا فرق بین التولیة الخاصّة و التولیة العامّة فإن کان المنشأ هو النیابة

---

(۱) إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۳۹.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۳۹۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۷۸

فیکون أشبه بالوکالة، تبطل بموت الموکِّل، و إن کان إعطاء المنصب و إضفاء المقام، فلا ینعزل مطلقاً، خاصّاً کان أو عامّاً.

۲- وجود الفرق الواضح بین الإعلام بکون العدل مقبول الشهادة وذی الید مقبول القول و بین النصب للقضاء، فإنّ الأوّل من قبیل الإخبار عن واقع محفوظ خارج کلامه علیه السلام فلا یتحدّد بحیاة المخبر و بین الإنشاء فإذا کان بصورة النیابة یکون مقیّداً بحیاة المنوب عنه.

۳- و ما ذکره من أنّه قد یقدح فی ولایة الفقیه حال الغیبة غیر قادح مطلقاً بل القدح یختصّ بصورة واحدة لا بکلتا الصورتین.

و یظهر من الجواهر: الفرق بین استمداد الإمام مشروعیّة مقامه من الناس و بین کونه منصوباً من الله سبحانه فالانعزال یناسب الأوّل دون الثانی لأنّ أئمّتنا أولیاؤنا أحیاءً و أمواتاً، نعم إنّما ینعزل نوّابهم علیهم السَّلام بالموت حیث تکون التولیة منهم مقیّدة بذلک و لو بظاهر الحال لانقطاع ولایتهم بالموت، فإذا کانت من أحدهم علی الاستدامة صریحاً أو ظاهراً فلا إشکال فی عدم الانعزال. «۱»

یلاحظ علیه: أنّ الظاهر عدم الفرق بین من أخذ مشروعیّة مقامه من الناس أو من الله، فالمتقمّص بالإمامة من جانب الشعب له الاستنابة، و له إعطاء المنصب و الولایة، فالقیادة العامّة تُسوّغ کلا الأمرین و الأوّل منهما یُتقوّم بحیاته دون الآخر.

انّ تخصیص النزاع بالقضاة دون سائر الموظّفین عسکریین کانوا أم مدنیین بلا وجه فمقتضی الاستنابة، انعزال الجمیع، و هو یورث الفوضی فی المجتمع بل یورث ما لا تحمد عاقبته. کلّ ذلک یدلّنا علی أنّ المنشأ هو الولایة و إعطاء المنصب و هذا أیضاً هو المستفاد من جعل الأئمّة، الفقهاءَ حکّاماً ممّا مضی من الروایات

---

(۱) النجفی، الجواهر: ۴۰/ ۶۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۷۹

خصوصاً من الإمعان فی التوقیع الرفیع الصادر عن صاحب الأمر لشیعته حیث قال: «و أمّا الحوادث الواقعة فارجعوا فیها إلی رواة أحادیثنا فإنّهم حجّتی و أنا حجّة الله». «۱»

ثمّ إنّ اللازم ترکیز النزاع بعصر الغیبة و عندئذ لو لم یکن هنا دولة إسلامیة فلا موضوع للبحث و الفقهاء فیه قضاة مأذونون من جانب الإمام الحیّ عجّل الله تعالی فرجه الشریف و أمّا إذا کان هناک دولة إسلامیة یرأسها فقیه جامع للشرائط فقد عرفت أنّ النصب شرط النفاذ، و إیصاد باب الفوضی فإذا مات الفقیه فلا ینعزل القضاة لأنّ ولایتهم مقتبسة عن الإمام المعصوم لاعن الفقیه القائد، غایة الأمر

النفاذ بالقوة القاهرة، فرع الاعتراف بقيادته.

فى موت القاضى المنصوب

ما سبق كان فى موت الإمام الناصب، بقى الكلام فى موت القاضى المنصوب فيقع البحث تارة فى نوّابه فى شغل خاص، و أُخرى فى الخليفة عنه فى القضاء على وجه الإطلاق.

أمّا الأوّل فظاهر الأمر أنّه من قبيل الاستنابة كما إذا عيّن رجلًا لبيع مال على ميّت أو غائب أو سماع بيّنة فى حادثة معيّنة، و لا معنى لإعطاء الولاية فى حادثة معيّنة لشخص.

و يقرب منه: تعيين المتولّى للوقف الذى لا ـ متولّى له و القيّم لليتيم الذى لا ولى له، فإنّ الظاهر أنّه من قبيل الإذن فى التصرّف القائم نفوذه بحياة الآذن. حيث إنّه لا يمكن للفقيه المباشرة، فيُنيب الغير مكانه.

قال الشهيد: و فى المنصوبين فى شئون عامة كقوام الأيتام و الوقوف وجهان ناشئان من الوجهين فى نوّاب الإمام من حيث التبعية و من ترتّب الضرر لولايتهم

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱، من أبواب صفات القاضى، الحديث ۹.

إلى أن تتجدّد الولاية. «۱»

أقول: الظاهر هو الوجه الأوّل، و لا ـ يترتّب أىّ ضرر إذ لو لم يتمكّن من الرجوع إلى الفقيه، يرجع إلى عدول المؤمنين و أقصى ما يترتّب عند عدم التمكّن منهم كون تصرّفاتهم فضولية إذا كانت مقرونة بالمصلحة، فتنفذ بتنفيذ الفقيه الآخر بعد التمكّن منه.

و أمّا الخليفة عنه فى القضاء فالمفروض على أُصولنا أنّه مجتهد مثل المنوب عنه، قاض مثله، غير أنّ حفظ النظم دعاهما إلى الترتّب و بما أنّ استنابته كان باذن من الإمام، لا يضر موت النائب و المفروض ثبوت الولاية له أيضاً، نعم نفوذ رأيه ظاهراً يتوقف على الاعتراف به رسميّاً.

المسألة العاشرة: فى تولية من لم يستكمل شرائط القضاء

إنّ شرائط القضاء على قسمين: قسم يعدّ مقوّماً له بحيث لولاه لما انعقد القضاء كالعقل و القدرة و البلوغ من الشرائط لعامّة التكاليف، و قسم يعدّ كمالًا للقضاء و شروطاً شرعيّة ففى حقّه يقول المحقق:

إذا اقتضت المصلحة تولية من لم يستكمل الشرائط، انعقدت ولايته مراعاة للمصلحة فى نظر الإمام كما اتّفق لبعض القضاة فى زمان على عليه السلام و ربّما منع من ذلك فإنّه عليه السلام لم يكن يفوض إلى من يستقضيه و لا يرتضيه بل يشاركه فيما ينفذه فيكون هو الحاكم فى الواقعة لا المنصوب. «۲»

و المراد هنا من غير المستكمل للشرائط من كان مقلِّداً لا مجتهداً، فاسقاً لا عادلًا، و بما أنّا أشبعنا الكلام حول الأمرين عند البحث عن شرائط القضاء فلا نعود إليه، و نعطف عنان الكلام إلى المسألة الآتية.

---

(۱) زين الدين، المسالك: ۲/ ۲۹۵.

(۲) نجم الدين: الشرائع: ۴/ ۷۱.

المسألة الحادیة عشرة: کلّ من لا تقبل شهادته لا ینفذ حکمه

اشارة

هنا مسألتان: احداهما: إنّ هنا طوائف لا تقبل شهادتهم علی المشهود علیهم و إن کانوا عدولًا، کالولد علی الوالد، و العبد علی مولاه، و الخصم علی خصمه، علی وجه لا توجب الخصومةُ فسق الشاهد.

نعم تقبل شهادة الولد لوالده و الوالد علی ولده و له، و الأخ لأخیه و علیه، و قد بحث فیه المحقّق فی کتاب الشهادة:

قال حول شهادة الولد علی الوالد: النسب و إن قرب لا یمنع قبول الشهادة کالأب لولده و علیه، و الولد لوالده و الأخ لأخیه و علیه. و فی قبول شهادة الولد علی والده خلاف.

و قال حول شهادة المملوک قیل: لا تقبل شهادة المملوک أصلًا، و قیل: تقبل مطلقاً و قیل: تقبل إلّا علی مولاه.

و قال حول شهادة الخصم: العداوة الدینیة لا تمنع القبول فإنّ المسلم تقبل شهادته علی الکافر. و أمّا الدنیویة فإنّها تمنع. «۱»

و بما أنّ التصدیق الفقهی فی هذه الفروع یتوقّف علی دراسة أدلّتها، و هی مطروحة فی کتاب الشهادة فنتخذ عدم القبول أصلًا موضوعیاً فیها و نبحث فی الملازمة بین عدم قبول الشهادة و عدم قبول القضاء فنقول:

و إلیک الکلمات:

۱- قال المحقّق: کل من لا تقبل شهادته لا ینفذ حکمه کالولد علی الوالد، و العبد علی مولاه، و الخصم علی خصمه. «۲»

---

(۱) لاحظ الشرائع: ۴/ ۱۳۱۱۲۹، کتاب الشهادة.

(۲) نجم الدین: الشرائع: ۴/ ۷۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۱۸۲

۲ و قال العلّامة فی القواعد: و کلّ من لا تقبل شهادته لا ینفذ حکمه کالولد علی والده .... «۱»

۳- و قال فی الإرشاد: و لا ینفذ حکم من لا تقبل شهادته کالولد علی والده .... «۲»

أقول:

استدل علی الملازمة بوجوه:

۱- القضاء شهادة و زیادة

قال ثانی الشهیدین: الحکم من شخص علی آخر، شهادة له علیه و زیادة فیشترط فی نفوذه ما یشترط فی نفوذ الشهادة من الطرفین و أحدهما ... لکنّه قدَّس سرَّه منع الحکم فی الأصل، أی عدم قبول شهادته فرتّب علیه قبول حکمه له و علیه کغیره. «۳»

و قال المحقّق الأردبیلی فی شرح قول العلّامة فی الإرشاد: أی لا یُمضی حکم من لا تقبل شهادته علی شخص، علیه کشهادته کحکم الولد علی والده فإنّ المشهور بل ادّعی الإجماع علی عدم قبول شهادة الولد علی الوالد فلا یجوز حکمه علیه إذ الحکم شهادة و زیادة.

ثمّ أورد علیه بقوله: فیه تأمل إذ سیجیء أن لا إجماع و لا دلیل علی ذلک بل الدلیل علی خلافه و قد تمنع الأولویة علی تقدیر وجود الدلیل علی منع الشهادة فقط و القیاس ممنوع فیجوز الحکم عملًا بعموم الأدلّة. «۴»

أقول: لا شکّ أنّ الإطلاقات هو المحکّم فما لم یکن هناک دلیل صالح علی منع الحکم فیؤخذ بإطلاق قوله: «فإنّی قد جعلته علیکم قاضیاً» «۵» و أمّا الاستدلال

---

(۱) مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۱۳، قسم المتن.

(۲) ارشاد الأذهان: ۲/ ۱۳۹.

(۳) المسالک: ۲/ ۳۹۵.

(۴) الأردبیلی، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۲۲۲۱.

(۵) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۸۳

فیوضح ببیانین:

أ: إنّ القضاء حکم یتضمّن الشهادة، فإذا کانت شهادته غیر نافذة یکون قضاؤه کذلک.

یرد علیه أنّ القضاء لیس شهادة، و إنّما القاضی یصدر عن الشهادة من دون تصدیق لها قال رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: «إنّما أقضی بینکم بالبیّنات و الایمان و بعضکم ألحن بحجّته من بعض». «۱»

ب: انّ العرف یَفهم حکمَ القضاء من حکم الشهادة، و أنّ ما هو السبب لمنع نفوذ شهادته، فهو موجود أیضاً فی القضاء حرفاً بحرف و هذا استدلال مقبول و لا یرد علیه ما ذکره المحقّق الأردبیلی: «من منع الأولویة علی تقدیر وجود الدلیل علی منع الشهادة، و القیاس ممنوع» و ذلک لأنّ أساس الاستدلال لیس القیاس و لا القسم الأولوی منه، بل فهم العرف من الدلیل، عدم اختصاص الحکم بمورد الدلیل.

۲- القضاء علیه خلاف المعروف

إنّ القضاء علی الوالد، یخالف قوله سبحانه: (وَ إِنْ جاهَداکَ عَلی أَنْ تُشْرِکَ بِی ما لَیْسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ فَلا تُطِعْهُما وَ صاحِبْهُما فِی الدُّنْیا مَعْرُوفاً) (لقمان/ ۱۵).

یلاحظ علیه: أنّ القضاء بالحقّ لیس علی خلاف المعروف و لیس المعروف إلّا الموافق للشرع و إن أبیت إلّا عن کونه موافقاً لما علیه العقلاء، فنمنع کون الإجهار بالحقّ فی المحکمة، علی خلاف سلوکهم بل یعدّ خدمة له، لأنّه یخلصه عمّا علیه من الحقّ و من تبعاته، کیف لا یکون کذلک و قد قال سبحانه: (وَ إِذا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَ لَوْ کانَ ذا قُرْبی وَ بِعَهْدِ اللّهِ أَوْفُوا ذلِکُمْ وَصّاکُمْ بِهِ لَعَلَّکُمْ تَذَکَّرُونَ) (الأنعام/ ۱۵۲).

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۸۴

۳- القضاء علیه عقوق:

إنّ القضاء علیه عقوق لأنّه إظهار لکذب الوالد و هو محرّم. «۱»

يلاحظ عليه: مضافاً إلى أنّه إذا كان عقوقاً يجب أن لا يمضى حكمه على والده مع أنّه جائز بالاتّفاق بأنّ الإيذاء إذا كان بحقّ لا يعدّ عقوقاً، فلو تأذّى الوالد من أداء الواجبات، فلا يعدُّ من العقوق المحرّم يقول سبحانه: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّهِ وَ لَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ) (النساء/ ۱۳۵). و مثله ليس بعقوق إمّا موضوعاً أو حكماً.

و على ضوء الدليل الأوّل المرضىّ عندنا لا فرق بين قضاء الولد على الوالد، أو قضاء الخصم على خصمه، و إن كان حاكماً فى عصر الغيبة أو قضاء المملوك على مالكه، إذ المفروض ثبوت الحكم فى الأصل، و المناسبة الموجودة بين الموضوع و الحكم فى الأصل تقتضى سريانه إلى القضاء و يكون حاكماً على قوله: «فإنّى جعلته عليكم حاكماً» أو: «فإنّهم حجّتى عليكم»، «و الرادّ عليهم كالرّاد علينا» «۲» بمعنى تضييق دائرة الدليل و حجّيته.

تكميل

إنّ من لا ـ تقبل شهادته لا يختصّ بالثلاثة، بل يعمّ من يجرّ بالشهادة إلى نفسه نفعاً أو يدفع ضرراً تجمعهما التهمة كما فى شهادة الشريك للشريك فيما هو شريك فيه، و صاحب الدين للمحجور عليه، فمن، لا ـ تقبل شهادته فيه، لا ـ يقبل قضاؤه لنفس الدليل المذكور فى الصورة المتقدّمة و قد استدل على عدم جواز شهادة غير الثلاثة بروايات:

أ: موثقة سماعة: قال سألته عمّا يردّ من الشهود قال: «المريب، و الخصم،

---

(۱) الدليلان نقلهما السيد العاملى فى مفتاح الكرامة عن العلّامة، لاحظ: ۱۰/ ۱۴.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۱، ۹، ۱۰.

و الشريك، و دافع مغرم، و الأجير و العبد و التابع، و المتّهم، كلّ هؤلاء تردّ شهاداتهم». «۱»

ب: ما رواه الصدوق بسنده المذكور فى المشيخة عن فضالة بن أيوب عن أبان قال: سئل أبو عبد الله عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه قال: تجوز شهادته إلّا فى شىء فيه له نصيب. «۲» إلى غير ذلك من الروايات التى يجمعها غالباً جرّ النفع أو دفع الضرر. و قد عرفت وجود الملازمة العرفية بين المنع عن الشهادة و المنع عن نفوذ القضاء و على ذلك فهناك فروع تترتّب على ذلك الأصل يظهر من المشايخ عدم نفوذ رأى القاضى فيها، و لا يخلو بعضها من إشكال و إليك الفروع:

۱- إذا كان للحاكم منازعة مع غيره لا ـ ينفذ حكمه لنفسه على ذلك الغير و لو بأن يوكّل غيره فى المرافعة معه فيترافعا إليه بل يلزم الرجوع إلى حاكم آخر ... و هذا لا غبار عليه، لانصراف أدلّة قضاء الفقيه عن هذه الصورة و لأنّ ظاهره جرّ النفع إلى نفسه و إن كان يحتمل أن يكون حقّاً و قد عنونه المحقّق فى محلّه فلاحظ. «۳»

۲- إذا نقل حقّه إلى غيره، جاز أن يرجع الغير مع الخصم إليه، و إن انتقل إلى القاضى بعد ذلك بإقالة و نحوها و ذهب السيّد الطباطبائى إلى الجواز قال: «حتى و لو نقل إلى الغير بشرط الخيار لنفسه فى الفسخ» «۴» لعدم كون القاضى طرفاً للنّزاع فلا انصراف للأدلّة و لعدم صدق جرّ النفع بشرط أن يكون الانتقال جدّياً، لا من باب الحيل الشرعية حتى يقع ذريعة للترافع لديه. و مع ذلك ففى النظر فيه

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۳ و لاحظ الحديث ۷.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب الشهادات، الحديث ۳، و سند الصدوق إلى فضالة فى «الفقيه» صحيح، و فضالة بن أيوب ثقة، و أبان بن عثمان ممن أجمعت العصابة على تصديقه، و لما حقّقنا فى محلّه من بطلان اتّهامه بالناووسية.

(٣) نجم الدين الحلى الشرائع: ۴/ ٨٣ و لاحظ الجواهر: ۴٠/ ١۵٨.

(۴) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/ ١٧.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٨۶

مجال، لأنّه متّهم فى قضائه إذ لو قضـى لصالح المدّعى يلزم عليه ردّ الثمن على من باعه منه، و لو قضى لصالح المنكر (المشترى) فقد دفع به ذلك المغرم عن نفسه فيحتمل أن يكون من مصاديق قوله فى موثقـة سـماعة: «و دافع مغرم» كما مرّ فالأولى رفع الشـكوى إلى قاض آخر.

٣- إذا كان للحاكم شـركة مع غيره فى مال و وقع النزاع فيه بينهما و بين غيرهما نفذ حكمه فى حصّة شريكه لا فى حصّة نفسه مثلًا إذا تنـازع أخوه مع غيره فى مـال مشترك بينه و بين أخيه فى طرف الإرث و ترافعـا إليه فحكم لأخيه نفـذ فى حصّـة أخيه، و لا ينفـذ فى حصّة نفسه لأنّه يصبح طرف النزاع و يجرّ به نفعاً.

و هل يشارك القاضـى مع الغير فى تلك الحصّة التى قضى له؟ ربّما يقال: بالفرق بين ما إذا قسّمها الأخ بينه و بين القاضى قبل القضاء إذ حينئذ يشارك معه فى تلك الحصّة لإقراره بالشـركة، و ما إذا لم يقسّـمها فلا يشارك معه فلأخيه أن ينقلها إلى غيره على إشاعتها. هذا ما ذكره السيّد الطباطبائى. «١»

يلاحظ عليه: أنّه إذا كان الاعتراف بالشـركة قبل الإفراز نافعاً فليكن نافعاً فى صورة عـدم الإفراز و على ما ذكره فى صورة الإفراز، و ما ذكرناه فى صورة الإشاعة يكون مرجع النزاع لبّاً إلى أنّ نصف النصف المفروز أو المشاع ماله فلا يكون نافذاً.

نعم إذا كـانت الـدعوى ديناً فلا يشاركه بعـد القبض لأنّ المحكوم عليه يغرم له بما أنّه سـهمه و المحكوم يقبض بما أنّه سـهمه و هـذا كما إذا تنازع جماعـة مشاركون فى عين أو دين مع غيرهم فأقاموا شاهـداً واحداً و حلف بعضـهم دون بعض فإنّه تثبت حصّة الحالف، دون غيره و لا يشاركه من لم يحلف فى حصّته.

۴- إذا كان القاضـى وليّاً خاصاً للمـدّعى عليه كالأُبوة و الجـدودة و الوصايـة، فاختار صاحب الجواهر عـدم قبول شـهادته للمولّى عليه لأنّها تجرّ نفعاً إليهم

---

(١) ملحقات العروة: ٢/ ١٧.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ١٨٧

و قوّى عدم نفوذ قضائه حيث قال: «أمّا إذا كان الأب حاكماً مثلًا أو الوصىّ كذلك ففى قبول حكمه له نظر أقواه العدم». «١»

يلاحـظ عليه: أنّ الشـهادة فى جميع الموارد تجرّ نفعـاً إلى المشـهود له، و المانع هو جرّ النفع إلى نفسه لا إلى المشـهود له و إن كانت بينهما وشـيجة كالقرابـة و على ذلك فلا مانع من قبول شـهادته و قضائه و المراد من المتّهم فى روايـة سـماعة هو المتّهم فى دينه كما ورد التفسير به فى رواية الصدوق فى معانى الأخبار «٢» و لو نوقش فى سـندها و فسّر بمعنى آخر (غير مـا ذكرنا) فهو لا يصـدق على القاضـى العـادل و إن قضـى فى حقّ أولاـده. و القـدر المتيقّن من عـدم نفوذ قضـائه فيما إذا كان النزاع فى أنّ المال الفلانى له أو لا و بعبـارة أُخرى أن يكون هو طرف النزاع واقعـاً من غير فرق بين كون طرف النزاع فى الظاهر هو نفسه أو وكيله. و أمّا إذا كان النزاع فى مال غيره فمقتضى عموم نفوذ حكم الحاكم و عدم جواز الردّ عليه، نفوذه.

نعم فى تصدّيه للدفاع عن المولّى عليه شـبهة وحدة المدّعى و القاضى فله أن يدفع الشبهة بتوكيل شخص يكون هو طرف المرافعة، لا القاضى نفسه، و يحكم و يجوز حكمه. و مع ذلك يجوز له القضاء مباشرة لوجود حيثيتين مختلفتين فى القاضى فبما أنّه ولىّ أو وصىّ فهو مدّع، و بما أنّه فقيه جامع للشرائط قاض. و فى الحقيقة المدّعون الواقعيّون، هم الأيتام و القصّر، و القاضى ينوب عنهم و يتكلّم عن لسانهم و هذا غير كون المدّعى و القاضى واحداً حقيقة نعم التوكيل أحسن و أحوط و أقرب إلى سلوك العقلاء.

أضف إلى ذلك وجود النصّ على نفوذ شهادة الوصيّ فيجوز قضاؤه. «۳»

و ممن تنبّه بذلك السيّد الطباطبائى قدَّس سرَّه فإنّه بعد أن منع فى المسألة ۱۳ نفوذ

---

(۱) النجفى، الجواهر: ۴۰/ ۷۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۸.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب الشهادات، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۸۸

قضاء الحاكم إذا كان له منازعة مع غيره كأنّه حاول الاستدراك لما ذكره فقال فى المسألة ۱۶: إنّ جميع ما ذكرنا فى هذه المسائل إنّما هو بناء على الإطلاق المدّعى على عدم نفوذ حكم الحاكم فى حقّ نفسه أو تمامية انصراف أخبار نفوذ حكم الحاكم إلى غير صورة رجوع الحكم إلى نفسه لكن القدر المتيقن من الإجماع أو الانصراف ما إذا كان هو الطرف للمنازعة أو كان الطرف وكيله مع كون النزاع فى أنّ الشيء الفلانى ماله أو لا و أمّا إذا كان النزاع فى مال غيره و لو كان هو الولى له بالولاية الخاصة أو كان الطرف شريكه، أو كان النزاع مع غيره و إن كان الحقّ راجعاً إليه فمقتضى عموم نفوذ حكم الحاكم و عدم جواز الردّ عليه، نفوذه. «۱»

۵- و بما ذكر يعلم الفرق بين ما إذا كان النزاع مع شريك القاضى و بين كونه شريك المولّى عليه، ففى الأوّل لا ينفذ و إن وكّل الغير، لما مرّ من أنّ القاضى يصير مآلًا طرف النزاع، بخلاف الثانى، لانطباق ما ذكرنا من الميزان على الأوّل دون الآخر. «۲»

۶- كما تظهر الحال فيما إذا كان الطرف غيره بحسب عنوان المنازعة و إن كان المال راجعاً إليه كما إذا نذر شخص داره له أو أوصى بها له، و حصل منازع مع ذلك الشخص فترافعاً إليه فى ذلك الدار فلا مانع عن نفوذ حكمه له. إذ ليس النزاع فى أنّ الشيء الفلانى ماله أو لا، خصوصاً إذا لم يكن حال الحكم عالماً بأنّ تلك الدار له من طرف النذر أو الوصية.

۷- إذا كان وليّاً عامّاً للأيتام و المجانين و الغيّب و الفقراء بالنسبة إلى الخمس و الزكاة و الوقف إذا كان النزاع فى ثبوتها و عدمها فتظهر الحال ممّا سبق إذ ليس النزاع فى أنّ المال ماله بل النزاع فى أنّ لهؤلاء حقّاً أو لا فلا وجه لعدم النفوذ و كونه وليّاً لهم لا يكون سبباً للمنع.

---

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۱۸.

(۲) خلافاً للسيّد الطباطبائى حيث سوّى بينهما فى الحكم مع وضوح الفرق.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۸۹

قال العلّامة فى التحرير: و لو تولّى وصىّ اليتيم القضاء فهل يقضى له فيه نظر: ينشأ من كونه خصماً فى حقّه، كما فى حقّ نفسه و من أنّ كل قاض ولىّ الأيتام» «۱» و قال فى الجواهر: «لا إشكال فى عدم منع مثل ذلك الحكم لعدم اختصاص الولاية له، و كذا شهادة الفقير أو حكومته بأنّ فى مال زيد الزكاة مثلًا بل و كذا الكلام فى مصرف الوقف من العلماء و العدول و نحوهم فإنّ ذلك و نحوه لا يمنع الحكومة و لا الشهادة لعموم أدلّة القبول. «۲»

و الحاصل: أنّ الذى عليه العقلاء هو أنّه إذا كان الإنسان بشخصه مدّعياً و قاضياً فهذا ما لا يخضع عليه العقلاء، بل يرجعون الواقعة إلى فرد ثالث لأنّهم يتّهمون القاضى بالتأثر عن الإنانيّة عن لا وعى، و هذا بخلاف ما إذا كان مدّعياً نيابة بشخصيته، و قاضياً بشخصه كما فى موارد الولاية العامّة و الخاصّة و الوصاية، ففى مثله يخضع العقلاء على قضائه و على ضوء هذا يتّضح حكم كثير ممّا ذكرنا من الصور أو جميعها، فلاحظ.

فتلخّص من دراسة الصور السبع أنّ الميزان هو أنّه إذا كان طرف النزاع فعلًا كما فى الصورة الأُولى و الثالثة، أو كان فى مظنّة دفع

مغرم عن نفسه، کما فی الصورة الثانیة فلا یصلح للقضاء، بخلاف ما إذا لم یکن کذلک.

***

(۱) العلّامة الحلّی، التحریر، کتاب القضاء ۱۸۱.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۷۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۹۰

النظر الثانی فی آداب القاضی

اشارة

و فیه مسائل:

الأولی: عمل القاضی بعلمه

اشارة

هل یجوز للإمام أن یقضی بعلمه، و إذا جاز له القضاء بعلمه، فهل یجوز للفقیه القاضی أن یعمل بعلمه أو لا؟ و ربّما یتصوّر أنّ البحث عن الجهة الأُولی لغوٌ لا ثمرة فیه، و لیس کذلک؛ إذ ربّما یقع البحث فیها ذریعةً لاستکشاف الحال فی الجهة الثانیة، إذ لو لم یجز للإمام، فلا یجوز للقاضی بوجه أولی کما أنّه إذا جاز له العمل، یکون مقتضیاً لثبوت الحکم فیه، و إن لم یکن سبباً تامّاً لاحتمال أن یکون العمل من خصائصهم علیهم السَّلام.

و قد عبّر المحقّق الرشتی عن المسألة ب «هل یکون علم القاضی بیّنةً للقضاء»؟

و لعلّ التعبیر عن «علم القاضی» بالبیّنة مشعرٌ بأنّ النزاع فی الجواز مختصٌّ بالشبهات الموضوعیة، و أمّا الشبهات الحکمیة فلا ریب أنّه یعمل بعلمه و اجتهاده لا بعلم الغیر و اجتهاده لکونه مخطِّئاً له.

إذا عرفت هذا

فلإیضاح المقام نقدّم أُموراً:

* الأمر الأوّل: فی نقل کلمات الأصحاب فی المسألة:

اشارة

۱- قال ابن الجنید فی کتاب الأحمدی: «و یحکم الحاکم فیما کان من حدود الله عزّ و جلّ و لا یحکم فیما کان من حقوق الناس إلّا بالإقرار و البیّنة فیکون ما علمه

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۱۹۱

من حقوق الناس شاهداً عند مَن فوقه و شهادته کشهادة الرجل الواحد، سواء کان ما علمه من ذلک کلّه فی حال ولایته أو قبلها». «۱»

و الظاهر ممّا نقل عنه المرتضی أنّه کان یمنع العمل بالعلم مطلقاً من غیر فرق بین حقوق الله و حقوق الناس، قال المرتضی: احتجّ ابن

الجنيد بأنّ فى الحكم بعلمه تزكية نفسه و لأنّه إذا حكم بعلمه فقد عرض نفسه للتهمة و سوء الظن به.

و يظهر من دليله أيضاً أنّه قائلٌ بالمنع مطلقاً قال: وجدت الله تعالى قد أوجب للمؤمنين فيما بينهم حقوقاً، أبطلها فيما بينهم و بين الكفّار و المرتدّين كالمواريث و المناكحة و أكل الذبائح و وجدنا أنّه قد اطلع رسوله على من يُبطِن، كأن يبطن الكفر و يظهر الإسلام و كان يعلمه و لم يبيّن صلّى الله عليه و آله و سلّم أحوالهم لجميع المؤمنين فيمتنعوا من مناكحتهم و أكل ذبائحهم. «۲»

و على كلّ تقدير فهو إمّا من المفصِّلين أو من المانعين على وجه الإطلاق.

۲- قال المرتضى: ممّا ظنّ انفراد الإمامية و أهل الظاهر فى القول بأنّ للإمام و الحكّام من قبله، أن يحكموا بعلمهم فى جميع الحقوق و الحدود من غير استثناء و سواء علم الحاكم ما علمه و هو حاكم أو علمه قبل ذلك ... ثمّ نقل تفصيل مذاهب الجمهور إلى أن قال: لا خلاف بين الإمامية فى هذه المسألة و قد تقدّم إجماعُهم ابنَ الجنيد و تأخّر عنه و إنّما عول ابن الجنيد على ضرب من الرأى و الاجتهاد. ۳

۳- قال الشيخ فى الخلاف: للحاكم أن يحكم بعلمه فى جميع الأحكام من الأموال و الحدود و القصاص و غير ذلك سواء كان من حقوق الله تعالى أو من

---

(۱) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۳۹۸ و يظهر منه أنّ كتاب الأحمدى كان موجوداً فى عصره. إذ هذه العبارة ليس لها أثر فى الانتصار للسيّد المرتضى و لا فى مختلف الشيعة للعلّامة و إنّما الموجود فيهما غيرها كما سيوافيك.

(۲) ۲ و ۳ المرتضى، الانتصار: ۷۰. راجع مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۳۷۳۶.

حقوق الآدميين، فالحكم فيه سواء، و لا فرق بين أن يعلم ذلك بعد التولية فى موضع ولايته أو قبل التولية، أو بعدها قبل عزله فى غير موضع ولايته، الباب واحد. «۱»

۴- و قال فى المبسوط: و الذى يقتضيه مذهبنا و رواياتنا أنّ للإمام أن يحكم بعلمه و أمّا من عداه من الحكّام فالأظهر أنّ لهم أن يحكموا بعلمهم و قد روى فى بعضها أنّه ليس له أن يحكم بعلمه لما فيه من التهمة. «۲»

و قال أيضاً: «قال قوم يقضى بعلمه، و قال آخرون: لا يقضى، و عندنا أنّ الحاكم إذا كان مأموناً قضى بعلمه و إن لم يكن كذلك لم يحكم به». «۳»

و قال أيضاً: «و أمّا إقامته بعلمه فقد ثبت عندنا أنّ للحاكم أن يحكم بعلمه فيما عدا الحدود و فى أصحابنا من قال: و كذلك فى الحدود». ۴

و على ضوء هذا فللشيخ أقوالٌ ثلاثة:

أ الجواز مطلقاً.

ب الجواز إذا كان مأموناً.

ج التفصيل بين الحدود و غيرها فيجوز فى الثانى. و لعلّ مراده من كونه مأموناً، أى بريئاً من التهمة.

۵- و فى النهاية فصّل فى الحدود بين حقوق الناس و حقوق الله فيجوز فى الأوّل دون الثانى. ۵

۶- و قال أبو الصلاح الحلبى: و إن أنكر فكان عالماً بصدق المدّعى أو

---

(۱) الطوسى، الخلاف: ۳، كتاب القضاء، المسألة ۴۱. و لعلّ تقدير العبارة هكذا: يعلم ذلك قبل التولية أو بعدها فى موضع ولايته و بعد التولية فى غير موضع ولايته.

(۲) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۶۶، و ما أشار إليه من الرواية ليست موجود فی مصادرنا كما صرح فی مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۳۷.

(۳) ۳ و ۴ المبسوط: ۸/ ۱۲۱ و ۱۲.

(۴) ۵ النهاية: ۶۹۱.

المدّعى عليه على كلّ حال و فی تلك القضية حكم بعلمه و لم يحتج إلى بيّنة و لا يمين على صحّة دعوى و لا إنكار، إلّا أن تقوم بيّنةً تمنع من استمرار العلم فيحكم بمقتضاه. «۱»

۷- قال ابن البرّاج: «و إذا ترافع خصمان إلى الحاكم فادّعى أحدهما على الآخر حقّاً فأنكر و علم الحاكم صدق المدّعى فيما طالبه، مثل أن يكون ما عليه، يعلمه الحاكم أو قصاص أو ما أشبه ذلك، كان له أن يحكم بعلمه، ثمّ نقل عن المخالفين بأنّهم يعيبوننا بالقول بعلم القاضی بعلمه، مع أنّهم يجوزونه فی موارد ثلاثة:

أ أن يحكم فی الجرح بعلمه و أن تهدى البيّنة على عدالة الشاهد.

ب إذا طلّق زوجته بحضرته ثلاثاً ثمّ جحد الطلاق كان القول قوله مع يمينه فيعمل بعلمه.

ج إذا عتق الرجل عبده بحضرته ثمّ جحد، و لا يعتمد بيمين المنكر». «۲»

۸- و قال ابن حمزة: «و يجوز للحاكم المأمون الحكم بعلمه فی حقوق الناس و للإمام فی جميع الحقوق». «۳»

۹- قال ابن إدريس: عندنا للحاكم أن يقضی بعلمه فی جميع الأشياء؛ لأنّه لو لم يقض بعلمه أفضى إلى إيقاف الأحكام أو فسق الحكّام، لأنّه إذا طلّق الرجل زوجته بحضرته ثلاثاً ثمّ جحد الطلاق كان القول قوله مع يمينه فإن حكم بغير علمه و هو استحلاف الزوج و تسليمها إليه فَسَقَ و إن لم يحكم وقف الحكم و هكذا إذا أعتق الرجل عبده بحضرته ثمّ جحد و إذا غصب من رجل ماله ثمّ جحد يفضی إلى ما قلناه.

الحقوق ضربان: حقّ للآدميين، و حق الله فإن ادّعى حقّاً لآدمی كالقصاص

---

(۱) أبو الصلاح، الكافی: ۴۴۵.

(۲) ابن البراج، المهذب: ۲/ ۵۸۷۵۸۶.

(۳) ابن حمزة: الوسيلة: ۲۱۹.

و حدّ القذف، و المال فاعترف به أو قامت به البيّنة لم يجز للحاكم أن يعرض له بالرجوع عنه، و الجحود؛ لأنّه لا ينفعه ذلك، لأنّه إذا ثبت باعترافه، لم يسقط برجوعه و إن كان قد ثبت بالبيّنة لم يسقط عنه بجحوده.

و إن كان حقّاً لله كحدّ الزنا و الشرب فإن كان ثبوته عند الحاكم بالبيّنة لم يَعْرض له بالرجوع لأنّ الرجوع لا ينفعه، و إن كان ثبوته باعترافه جاز للحاكم أن يعرض له بالرجوع لكنّه لا يصرّح بذلك؛ لأنّ فيه تلقين الكذب و إنّما قلنا بجوازه لأنّ ماعزاً لما اعترف قال له النبی صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: لعلّك قبّلتها، لعلّك لمستها. «۱»

۱۰ و قال المحقّق: «الإمام يقضی بعلمه مطلقاً، و غيره من القضاة يقضی بعلمه فی حقوق الناس و فی حقوق الله تعالى على قولين أصحّهما القضاء». «۲»

۱- ۱ و قال ابن سعيد: «و الحاكم يحكم بعلمه فی عدالة الشاهد و جرحه فلا خلاف و فی حقوق الناس و حقوق الله فی الأظهر». «۳»

۲- ۱ و قال العلّامة فی القواعد: «الإمام يقضی بعلمه مطلقاً، و غيره يقضی به فی حقوق الناس و كذا فی حقّه تعالى على الأصح». «۴»

۳- ۱ قال الشهيد الثانی: ظاهر الأصحاب الاتّفاق على أنّ الإمام يحكم بعلمه مطلقاً لعصمته المانعة من تطرّق التهمة و علمه المانع من

الخلاف، و الخلاف فى غيره من الحكّام فالأظهر بينهم أنّه يحكم أيضاً بعلمه مطلقاً، و قيل: لا يجوز مطلقاً، و قال ابن إدريس: يجوز فى حقوق الناس من دون حقوق اللّه و عكس ابن الجنيد فى كتابه الأحمدى إلى أن قال: و أصحّ الأقوال جواز قضاء الحاكم مطلقاً بعلمه مطلقاً لأنّ العلم أقوى من الشاهدين اللّذين لا يفيد قولهما عند الحاكم إلّا مجرّد الظن إن كان فيكون القضاء به ثابتاً بطريق

(۱) ابن إدريس الحلى، السرائر: ۲/ ۱۷۹.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۸۸۸۶، قسم المتن.

(۳) الجامع للشرائع: ۵۲۹.

(۴) مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۳۶۳۵، قسم المتن.

أولى. «۱»

۴- ۱ اختار السيد الأُستاذ قدّس سرّه فى التحرير جواز عمل القاضى بالعلم فى المجالين: حقوق الله و حقوق الناس مثل عمله إذا قامت البيّنة أو أقرّ الخصم، غير أنّ عمله فى حقوق الناس يتوقّف على المطالبة حدّاً كان أو تعزيراً «۲» و لكنّ القيد ليس تفصيلًا فى المسألة؛ إذ المطالبة هو الشرط مطلقاً فى حقّ الناس سواء ثبت بالعلم أو بالبيّنة و الإقرار، فما لا يطالب صاحب الحقّ لا يحكم به القاضى.

فهذا أربعة عشر نصّاً من الأصحاب يعرّف موقف الأصحاب من المسألة و يحصل من الإمعان فيها أنّ الأقوال عندهم تناهى ستة:

۱- القول بالمنع، كما عن ابن الجنيد.

۲- الجواز مطلقاً، كما عليه الأكثر.

۳- يجوز فى حقوق الناس دون حقوق الله.

۴- عكس الثالث و هو خيرة ابن الجنيد فى الأحمدى حسب ما عرفت.

۵- الفرق بين كون القاضى مأموناً و عدمه فيقضى فى الأوّل دون الثانى.

۶- الفرق بين الحدود و غيرها فلا يقضى فى الأوّل بعلمه و هو خيرة الشيخ فى موضع من المبسوط و هو غير القول الثالث؛ لأنّه يفرق بين حقّ الناس و حقّ الله، فيقضى فى الأوّل دون الثانى و هذا يفرق بين الحدود و إن كان حقّ الناس و غيرها و على هذا لا يعمل بعلمه فى القصاص و حدّ القذف؛ لأنّهما و إن كانا من حقوق الناس، لأنّهما من الحدود.

(۱) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۳۹۸. ما نسبه إلى ابن إدريس لا ينطبق على ما نقلناه عن السرائر فلاحظ.

(۲) الإمام الخمينى: التحرير: ۲/ ۴۰۸.

كلمات فقهاء أهل السنّة

اشارة

و أمّا أهل السنّة فقد نقل المرتضى أقوالهم فى الانتصار، و الشيخ فى الخلاف و نحن ننقلها عن الخلاف و المغنى.

قال الشيخ فى الخلاف: للشافعى فيه قولان فى حقوق الآدميين: أحدهما مثل ما قلناه و به قال أبو يوسف و اختاره المزنى و عليه نصّ فى الأُم و فى الرسالة و اختاره و قال الربيع: مذهب الشافعى أنّ القاضى يقضى بعلمه و إنّما توقّف فيه لفساد القضاة.

و القول الثانى لا يقضى بعلمه بحال و به قال فى التابعين: شريح و الشعبى. و فى الفقهاء مالك و الأوزاعى، و ابن أبى ليلى و أحمد و إسحاق ... و عن مالك و ابن أبى ليلى، قال: لو اعترف المدّعى عليه بالحقّ لم يقض القاضى عليه حتى يشهد عنده شاهدان.

و أمّا حقوق الله تعالى فإنّها تبنى على قولين: فإذا قال لا يقضى بعلمه فى حقوق الآدميين فبأن لا يقضى به فى حقوق الله أولى. و إذا قال يقضى بعلمه فى حقوق الآدميين ففى حقوق الله على قولين.

و لا فصل على القولين بين أن يعلم ذلك بعد التولية فى موضع ولايته أو قبل التولية، أو بعد التولية فى موضع ولايته.

و قال أبو حنيفة و محمّد: إن علم بذلك بعد التولية ففى موضع ولايته حكم و إن علم به قبل التولية أو بعد التولية فى غير موضع ولايته لم يقض به. هذا فى حقوق الآدميين، أمّا فى حقوق الله تعالى فلا يقضى عندهم بعلمه بحال. «۱»

و قال ابن قدامة: ظاهر المذهب أنّ الحاكم لا يحكم بعلمه فى حدّ و لا فى غيره

---

(۱) الطوسى: الخلاف، كتاب القضاء، المسألة ۴۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۹۷

لا فيما علمه قبل الولاية، و لا بعدها و هذا قول شريح، و الشعبى، و مالك و إسحاق و أبى عبيد، و محمّد بن الحسن، و هو أحد قولى الشافعى.

و عن أحمد رواية أُخرى يجوز له ذلك و هو قول أبى يوسف و أبى ثور و القول الثانى للشافعى و اختيار المزنى.

و قال أبو حنيفة: ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلمه لأنّ حقوق الله تعالى مبنيةٌ على المساهلة و المسامحة و أمّا حقوق الآدميين فيما علمه قبل ولايته لم يحكم به، و ما علمه فى ولايته حكم به، لأنّ ما علمه قبل ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود قبل ولايته، و ما علمه فى ولايته بمنزلة ما سمعه من الشهود فى ولايته إلى أن قال: و لأنّ تجويز القضاء بعلمه يفضى إلى تهمته و الحكم بما اشتهى و يحيله إلى علمه. «۱»

حاصل أقوالهم

إنّ المشهور فى حقوق الآدميين هو عدم الجواز إلّا على أحد القولين للشافعى، و به قال يوسف و المزنى.

و أمّا فى حقوق الله، فمن قال لا يجوز فى الآدميين يقول به فيها و أمّا من يجوِّز فيها فله قولان فيها و لا يفصل أحد منهم بين العلم قبل التولية و بعدها، أو بين موضع توليته و غيره إلّا أبا حنيفة كما عرفت.

***

* الأمر الثانى: ما هو المراد من الجواز؟

المراد من الجواز فى عنوان المسألة هو الجواز الوضعى، لا ـ التكليفى بمعنى جواز العمل و تركه، ضرورة أنّه إذا تمّت الحجّة بالعلم يجب العمل و إقامة القسط

---

(۱) ابن قدامة، المغنى: ۱۰/ ۱۴۱۱۴۰.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۱۹۸

و العدل، و الحكم بالحقّ، و إلّا حرم العمل.

***

* الأمر الثالث: فی العلم المأخوذ فی الموضوع

إنّ القضـاء يتوقّف على العلم و القضـاء بـدونه حرام و هـل العلم فيه طريقى محض، أو موضوعى؟ الظـاهر هو الثـانى، بشـهادة قوله: «و رجل قضـى بالحقّ و هو لا يعلم فهو فى النار» و لو كان العلم المعتبر فيه طريقياً محضاً لما صـحّ إيعاد النار عليه فى هـذه الصورة لكونه أصاب الواقع و لما انحصرت النجاة بآخر الأقسام أعنى: «رجل قضى بالحقّ و هو يعلم فهو فى الجنة». «۱»

و ليس المراد من العلم منه هو العلم بـالحقّ، علمـاً منطقيـاً، (الاعتقـاد الجازم) بشـهادة أنّ من يحكم بالبيّنات و الايمان، لا علم له بواقع الحقّ، بـل المراد هـو قيـام الحجّـة على الحقّ، فقـد أخـذ علـم القاضـى على وجـه الإجمـال موضوعـاً لوجـوب الاتبـاع و النفـوذ على المتخاصمين فعند ذلك يجب الفحص عن خصوصية ذلك العلم النافذ على الغير.

توضـيح الحـال: إنّ علم الإنسـان بالنسبة إلى نفس العالم، يلاحظ غالباً إلّا ما شـذّ طريقاً إلى الواقع، فيجب اتّباع العلم من غير فرق بين أسـبابه، فلو حصل العلم بالموضوع أو الحكم من أىّ طريق كان، يجب الأخـذ به إلّا إذا ردع الشارع عنه فعندئـذ يرجع إلى التشـكيك فى مبادئه، و أمّا علم الإنسان بالنسبة إلى غيره فهو موضوع للزوم اتّباعه كعلم المفتى بالحكم الشرعى، و علم الشاهد بما يشهد، و علم القاضـى بمـا يقضـى. فقـد اتّخـذ العلم فى تلـك الموارد، موضوعـاً للزوم اتّبـاع الغير و نفوذه فى حقّه و عندئـذ يجب الفحص عن حدّ الموضوع، فهل المأخوذ فى الموضوع

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴، من أبواب صفات القاضى، الحديث ۶.

مطلق العلم أو العلم الخاص منه فلو كان إطلاق يؤخذ به و إلّا يؤخذ بالقدر المتيقّن منه و الظاهر من الروايات هو تحديد علم القاضـى بالبيّنات و الايمان فالعمل بغيرهما يحتاج إلى دليل خاص.

قال رسول الله صـلّى الله عليه و آله و سلّم: «إنّما أقضى بينكم بالبيّنات و الايمان و بعضكم ألحن بحجّته من بعض فأيّما رجل قطعتُ له من مال أخيه شيئاً، فإنّما قطعتُ له به قطعة من النار». «۱»

و قال أمير المؤمنين عليه السلام: «أحكام المسلمين على ثلاثة: شهادة عادلة، أو يمين قاطعة، أو سنّة ماضية من أئمّة الهدى». «۲»

فـإن قلت: سـلّمنا إنّ العلم مـأخوذ موضوعـاً فى نفوذ رأى القضـاء لكنّه مـأخوذ فيه على نحو الطريقيـة، لا على نحو الوصـفية و السـببيّة فعندئذ كما هو شامل للحجج الشرعية من البيّنات و الأقارير، فهكذا شاملٌ للعلم الوجدانى للقاضى أخذاً بالملاك.

قلت: لا يصـحّ القول بأنّ تمام الملاك هو الطريقيـة و ذلك لظهور أدلّـة باب القضاء هو كون القاضـى إنساناً محايـداً غير متحيّز لأحد الطرفين و هو لاـ يتحقّق فى نظر العرف إلّـا إذا عمـل بمـا اتّفق المترافعـان عليه و هو البيّنـة و الإـقرار، لاـ ما إذا عمل بعلمه فإن عمله به يخرجه عن الحيادة.

و ممّا ذكرنا يظهر الإشـكال فى كلام المحقّق الرشتى، قال قدَّس سـرَّه: القضاء سـلطنة إلزام شـرعى للشـخص على ما لا يقتضيه تكليفه سواء كان القضاء بمقتضـى العلم أو بمقتضـى البيّنة و الأصل عدم الإلزام فى الحكم الوضـعى التكليفى، و هذا هو المراد ممّا ذكرنا فى الالتقاط المتقدّم من كون العلم فى مسألة القضاء موضوعاً قابلًا للإثبات و النفى، و الأصل عدم الإلزام فى الحكم الوضعى التكليفى فى مقام

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۲) المصدر نفسه، الباب ۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶.

الحجّية.

لكن إذا فرض وجوب القضاء لا- محالة فلا معنى لعدم اعتبار العلم و لا لاعتبار سائر الموازين فى مقابله، مثلًا إذا علم القاضى بحقيّة الدعوى فالإعراض عن مقتضى العلم و الرجوع إلى اليمين لا معنى له، أو علم مثلًا أنّ قاتل زيد هو عمرو، و أقيمت البيّنة على كونه خالداً فإنّ الحكم بالقصاص من خالد و عدم الحكم بالقصاص من عمرو مع العلم بأنّ خالداً ليس بقاتل يوجب التخصيص فى أدلّة الأحكام الواقعية، مع أنّ القاضى أمر بالقضاء حسب الحقّ الواقعى. «۱»

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره فى تفسير القضاء ممّا لا- غبار عليه إنّما الكلام فى غيره فإنّه قَبِلَ أنّ علم القاضى أخذ موضوعاً للحجّية، فعندئذ يجب أن يلاحظ الدليل الدالّ عليه فهل المأخوذ مطلق العلم و الحجّة، سواء أ كان علماً منطقياً أو بيّنةً أو إقراراً، أو العلم الخاص أعنى: الأخيرين (البيّنة و الإقرار) و ما لم يكن هنا دليل شارح للموضوع من إطلاق أو غيره لا يمكن الحكم. و ليس العلم الوجدانى، المصداق المتيقّن منه.

و كون القضاء واجباً لا ينتج لزوم العمل بالعلم، و ذلك لأنّ وجوبه ليس على وجه الإطلاق بل مشروط بتواجد أسبابه و أدواته و من المحتمل أن تكون أسبابه، منحصرةً فى البيّنات و الايمان.

و أمّا حكم التعارض بين العلم الوجدانى و قيام البيّنة فعليه الامتناع من القضاء، لا تقديم علمه على البيّنة؛ إذ العلم و إن كان أقوى فى نظره، و لكن البيّنة أقوى فى نظر الأخيرين من علمه فترفع الشكوى إلى قاض آخر، يحكم هو حسب الموازين القضائية الممكنة المتيسّرة.

أضف إلى ذلك انّ القضاء من الأُمور ذات الإضافة، له إضافة إلى من

---

(۱) الرشتى، القضاء ۱/ ۱۰۴.

يقضى، و من يقضى له، و من يقضى عليه فله كالمثلث أضلاع ثلاثة، و هو غير متحقق فى القضاء، بالعلم فى حقوق الله سبحانه، لاتّحاد القاضى و المدعى (من يقضى له) فيها، فتنفيذه فيها يحتاج إلى دليل خاص هذا هو مقتضى القاعدة.

فقد تلخّص ممّا ذكرنا أنّه لو لا الدليل على نفوذ علم القاضى فى المتخاصمين، لما جاز الحكم به. ثمّ إنّه ربّما يتوهم أنّ مقتضى الأدلّة العامّة فى القضاء و غيره هو جواز الحكم بالعلم، فهذا ما نذكره فى البحث الآتى و نبرهن، أنّه لا دلالة لها على الجواز، و لا بدّ من التماس دليل خاص.

***

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّ الأدلّة على أقسام ثلاثة:

اشارة

الأوّل: ما يصلح للاستدلال به على جواز العمل به مطلقاً من غير فرق بين حقوق الله و حقوق الناس.

الثانى: ما يصلح للاستدلال به عليه فى خصوص حقوق الله.

الثالث: ما يصلح للاستدلال به عليه فى خصوص حقوق الناس.

فلنبدأ بالأوّل:

المقام الأوّل: فيما يصلح للاستدلال به على جواز العمل فى كلا الحقوقين

اشارة

استدلّوا فى هذا الحقل بأُمور:

۱- ما استدلّ به الشيخ فى الخلاف على المسألة بقوله تعالى: (يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ) (ص/ ۲۶). و قال تعالى لنبيّه: (وَ إِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ) (المائدة/ ۴۲). و من حكم بعلمه

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۰۲

فقد حكم بالعدل و الحقّ «۱» و نقله فى الجواهر و أضاف فى موضع آخر و قال: مضافاً إلى تحقّق الحكم المعلّق على عنوان قد فرض العلم بحصوله كقوله تعالى: (وَ السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا) (المائدة/ ۳۸)، و (الزَّانِيَةُ وَ الزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ) (النور/ ۲) و الخطاب للحكّام فإذا علموا تحقّق الوصف وجب عليهم العمل فإنّ السارق و الزانى من تلبّس بهذا الوصف لا مَن أقرّ به أو أقامت عليه البيّنة و إذا ثبت ذلك فى الحدود ففى غيره أولى. «۲»

يلاحظ عليه: أنّ الطائفة الأُولى بصدد بيان صفات الحكم و أنّه يجب أن يكون حقّاً، عدلًا، قسطاً، لا ضدّها، و من أراد أن يحكم يجب أن يحكم بها، و أمّا ما هى الأداة التى بها يميّز الحقّ عن الباطل، و القسط عن الجور، فليس بصدد بيانه حتى يؤخذ بإطلاقها.

و أمّا الطائفة الثانية: فما أفاده صاحب الجواهر حولها من أنّ الموضوع نفس من تلبّس بالمبدإ، و هو محقق فإنّما ينفع فى عمل نفسه، لا-فى نفوذه فى حقّ الغير، فلو علم بنجاسة إناء أو زوجيّة امرأة، فعلمه دليل على نفسه لا-على الغير، ما لم ينطبق عليه عنوان الحجج المعتبرة فى الشرع.

۲- ثمّ إنّه ربّما يتمسّك بأنّه مقتضى وجوب الأمر بالمعروف و إنكار المنكر، و لزوم إظهار الحقّ و نظائره.

يلاحظ عليه: بأنّه إن أُريد من الأمر و الإظهار، و الإنكار ما يؤدّى باللسان، فهو تامٌّ و ربما يرجع المدعّى أو المنكر عن باطلهما و له أن يشهد على الواقع، لو أرجع الواقعة إلى قاض آخر. و إن أُريد منه تنفيذ حكمه فى المورد، فهو و إن كان من شئون القاضى لكن الشكّ فى كون العلم من طرق الحكم و الفصل بين المتخاصمين أو لا و معه، لا يصحّ التمسّك بتلك الأدلّة فى المورد.

---

(۱) الطوسى، الخلاف: ۳/ ۴۱.

(۲) النجفى، الجواهر: ۴۰/ ۸۸۸۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۰۳

ثمّ إنّ صاحب الجواهر قد نبّه ببعض ما ذكرنا فى آخر كلامه عند الردّ على صاحب الانتصار فى نقده لنظرية ابن الجنيد حيث قال: و لكن الإنصاف أنّه (كلام ابن الجنيد) ليس بتلك المكانة من الضعف. ضرورة أنّ البحث فى أنّ العلم من طرق الحكم و الفصل بين المتخاصمين و لو من غير المعصوم فى جميع الحقوق أولا، و ليس فى شىء من الأدلّة المذكورة عدا الإجماع منها دلالة على ذلك و الأمر بالمعروف و وجوب إيصال الحقّ إلى مستحقّه بل كون العلم حجّةً على من حصل له، يترتّب عليه سائر التكاليف الشرعيّة، لا يقتضى كونه من طرق الحكم بل أقصى ذلك ما عرفت و أنّه لا يجوز له الحكم بخلاف حكمه بل لعلّ أصالة عدم ترتّب آثار الحكم عليه يقتضى عدمه.

۳- ما استدلّ به الشيخ فى الخلاف حيث قال: «القطع و اليقين أولى من غالب الظنّ أ لا ترى أنّ العمل بالخبر المتواتر أولى من العمل بالخبر الواحد». «۱» و قال فى الجواهر: «العلم أقوى من البيّنة المعلوم إرادة الكشف منها». «۲»

یلاحظ علیه: أنّه إنّما ینفع فی حقّ العالم، حیث إنّ علمه طریق محض إلی الواقع، فالعلم فی نفسه أولی من البیّنة و أمّا إذا کان موضوعاً بالنسبة إلی الغیر، فیجب عندئذ اتّباع الدلیل فبما أنّه لیس هنا إطلاقٌ، یدلّ علی موضوعیّة مطلق العلم، فلا یصحّ الاستناد بادّعاء الأولویة؛ إذ من المحتمل أن یکون الموضوع للنفوذ، ما اتّفق علیه العقلاء فی باب القضاء، أو اتّفق المترافعان علی حجیّته، أعنّی: البیّنة.

۴- ما استدلّ به الشیخ و ابن ادریس، و هو أنّه إذا لم یقض علی وفق العلم لزم إمّا فسق الحاکم، أو إیقاف الحکم؛ لأنّه إذا طلّق زوجته بحضرته ثمّ جحد فإن قضی بعلمه فهو، و إلّا فإن استحلف الزوج و حلف هو و أرجعها إلیه، لزم الفسق

---

(۱) الطوسی، الخلاف: ۳/ ۳۲۲.

(۲) النجفی، الجواهر: ۴۰/ ۸۸.

و إن لم یقض لزم الإیقاف. «۱»

یلاحظ علیه: أنّ هنا طریقاً رابعاً، و هو إرجاع الواقعة إلی قاض آخر، لیس له ذلک العلم.

۵- ما رواه الصدوق بإسناده إلی قضایا أمیر المؤمنین علیه السلام، قال: جاء أعرابیّ إلی النبیّ صلَّی الله علیه و آله و سلَّم فادّعی علیه سبعین درهماً ثمن ناقة باعها منه، فقال: قد أوفیتک، فقال: اجعل بینی و بینک رجلًا یحکم بیننا، فأقبل رجلٌ من قریش فقال رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: احکم بیننا، فقال للأعرابی: ما تدّعی علی رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم؟ فقال: سبعین درهماً ثمن ناقة بعتها منه، فقال: ما تقول یا رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم؟ فقال: قد أوفیته، فقال للأعرابی: ما تقول؟ فقال: لم یوفنی، فقال لرسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: أ لک بیّنة أنّک قد أوفیتَه؟ قال: لا، فقال للأعرابی: أ تحلف أنّک لم تستوف حقّک و تأخذه؟ قال: نعم، فقال رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: لأتحاکمنّ مع هذا إلی رجل یحکم بیننا بحکم الله.

فأتی علیّ بن أبی طالب علیه السلام و معه الأعرابی، فقال علیّ علیه السلام: ما لک یا رسول الله؟ قال: یا أبا الحسن احکم بینی و بین هذا الأعرابی فقال علیّ علیه السلام: یا أعرابی ما تدّعی علی رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم؟ قال: سبعین درهماً ثمن ناقة بعتها منه، فقال: ما تقول یا رسول الله؟ قال: قد أوفیته ثمنها، فقال: یا أعرابی أصدق رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم فیما قال، قال الأعرابیُّ: لا! ما أوفانی شیئاً، فأخرج علیّ علیه السلام سیفه فضرب عنقه، فقال رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: لم فعلتَ یا علیّ ذلک؟ فقال: یا رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم نحن نصدّقک علی أمر الله و نهیه و علی أمر الجنّة و النار و الثّواب و العقاب و وحی الله عزّ و جلّ، و لا نصدّقک علی ثمن ناقة الأعرابی، و إنّی قتلته لأنّه کذَّبک لمّا قلتُ له: اصدق رسول الله فقال: لاما أوفانی شیئاً، فقال رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: أصبتَ یا علیّ، فلا تعد إلی مثلها، ثمّ التفت إلی القرشی و کان قد تبعه فقال: هذا حکم الله لاما حکمت به. «۲»

---

(۱) الطوسی، الخلاف: ۳/ ۳۲۳.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۸، من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

وجه الدلالة أنّ مقتضی القضاء بالبیّنات و الایمان هو ما قضی به القرشی و لکن الإمام علیه السلام لما علم بصدق النبی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم انتقل إلی کذبه و أنّه مکذِّبٌ، و من المعلوم أنّ مکذّب النبیّ مرتدٌّ خارج عن الدین فیجوز قتله، کل هذا یعطی أنّ الإمام له القضاء وفق علمه.

قال فى الجواهر: و لوجوب تصديق الإمام فى كلّ ما يقوله و كفر مكذّبه و لذا قتل أمير المؤمنين عليه السلام خصم النبى لمّا تخاصما إليه فى الناقهٔ و ثمنها و هو يقتضى وجوب الخروج من حقّ يخبر به الإمام و هو يقتضى وجوب إخبار الإمام به و إلّا لأدّى إلى ضياع الحقّ. «۱»

يلاحظ عليه: أنّ سند الصدوق بالنسبهٔ إلى أقضيهٔ على و إن كان صحيحاً فى الفقيه «۲» لكن المتن، يشمل على أُمور شاذّهٔ عن القواعد.

أمّا أوّلًا: فلأنّ الظاهر أنّ الأعرابى كان يكذب النبى الأكرم صلَّى الله عليه و آله و سلَّم، و مثله فى عصر الرسول يكون مرتدّاً ملّياً، لأنّ طبع الحال يقتضى أنّه كان مشركاً ثمّ اعتنق الإسلام فارتداده يستلزم الاستنابهٔ ثلاثهٔ أيّام ثمّ يقتل، فلما ذا قتله على عليه السلام، بلا استنابهٔ، فهل الاستمهال من خصائص غير هذا النوع من الارتداد؟ أو أنّ للإمام الاستعجال فى إجراء الحدّ؟!

و ثانياً: إذا كان قضاء على عليه السلام حقّاً و قد حكم بحكم الله فلما ذا نهاه النبى عن العود بمثل هذا و قال: فلا تعد إلى مثلها، ثمّ التفت إلى القرشى و كان قد تبعه و قال: «هذا حكم الله لاما حكمت به».

و ثالثاً: فلو أخذنا بمضمونه يختصّ بالعلم الحاصل من قول المعصوم و أين هذا من العمل بكلّ علم حصل من أىّ مصدر، و ثبوت الحكم فى الأقوى لا يكون دليلًا على ثبوته فى الأضعف.

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۷۷.

(۲) لاحظ الفقيه: ج ۴، ص ۸۵ قسم المشيخهٔ.

و رابعاً: أنّه يدلّ على أنّ الإمام يعمل بعلمه فى الحدود، لا أنّه يقضى به إلّا أن يدّعى الملازمهٔ بين العمل و القضاء به.

۶- ما رواه الكلينى بسند صحيح عن عبد الرحمن بن الحجّاج قال: دخل الحكم بن عتيبهٔ و سلمهٔ بن كهيل على أبى جعفر عليه السلام فسألاه عن شاهد و يمين فقال: «قضى به رسول الله صلَّى الله عليه و آله و سلَّم، و قضى به علىّ عليه السلام عندكم بالكوفهٔ»، فقالا: هذا خلاف القرآن، فقال: «و أين وجدتموه خلاف القرآن؟» قالا: إنّ الله يقول (وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) «۱» فقال: قول الله: (وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) هو لا تقبلوا شهادهٔ واحد و يميناً؟».

ثمّ قال: «إنّ عليّاً عليه السلام كان قاعداً فى مسجد الكوفهٔ، فمرّ به عبد الله بن قفل التميمىّ و معه درع طلحهٔ، فقال علىّ عليه السلام: هذه درع طلحهٔ اخِذَتْ غلولًا يوم البصرهٔ، فقال له عبد الله بن قفل: اجعل بينى و بينك قاضيك الّذى رضيته للمسلمين، فجعل بينه و بينه شريحاً، فقال علىّ عليه السلام: هذه درع طلحهٔ اخذتْ غلولًا يوم البصرهٔ، فقال له شريح: هات على ما تقول بيّنهٔ، فأتاه بالحسن فشهد أنّها درع طلحهٔ اخذت غلولًا يوم البصرهٔ، فقال شريح: هذا شاهد واحد و لا أقضى بشهادهٔ شاهد حتّى يكون معه آخر، فدعا قنبر فشهد أنّها درع طلحهٔ أخذت غلولًا يوم البصرهٔ، فقال شريح: هذا مملوكٌ و لا أقضى بشهادهٔ مملوك، قال: فغضب علىّ عليه السلام و قال: خذها فإنّ هذا قضى بجور ثلاث مرّات، قال: فتحوّل شريح و قال: لا أقضى بين اثنين حتّى تخبرنى من أين قضيت بجور ثلاث مرّات؟ فقال له: ويلك أو ويحك. إنّى لمّا أخبرتك أنّها درع طلحهٔ أخذت غلولًا يوم البصرهٔ فقلت: هات على ما تقول بيّنهٔ، و قد قال رسول الله: حيث ما وجد غلول أخذ بغير بيّنهٔ، فقلتُ: رجل لم يسمع الحديث فهذه واحدهٔ، ثمّ أتيتك بالحسن فشهد فقلت: هذا واحدٌ و لا أقضى بشهادهٔ واحد حتّى يكون معه آخر، و قد قضى

---

(۱) الطلاق: ۲.

رسول الله صلَّى الله عليه و آله و سلَّم بشهادهٔ واحد و يمين، فهذه ثنتان، ثمّ أتيتك بقنبر فشهد أنّها درع طلحهٔ أخذت غلولًا يوم البصرهٔ

فقلت: هذا مملوك و ما بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلًا، ثمّ قال: ويلك أو ويحك إنّ إمام المسلمين يؤمن من أَمورهم على ما هو أعظم من هذا». «١»

وجه الاستدلال هو قوله: «إنّ امام المسلمين يؤمن من أُمورهم على ما هو أعظم من هذا».

يلاحظ عليه: أنّ السند و إن كان صحيحاً، لكن المتن مشتمل على أُمور شاذّة لا مناص من توجيهها.

أمّا أوّلًا: فلأنّ علم الإمام إذا كان نافذاً فى حقّ المحكوم عليه، فلما ذا لميتمسّك الإمام به فى هذا الأمر و رضى بالمحاكمة و كان عليه أن يقول له، ما قاله لشريح فى آخر الواقعة؟!

و ثانياً: أنّ الإمام اعترض على شريح لمّا قال: «و لا أقضى بشهادة واحد حتى يكون معه آخر» بأنّ رسول الله قضى بشهادة واحد و يمين و لكن الاعتراض إنّما يتوجّه، لو نفى شريح القضاء بشهادة و يمين، مع أنّه لم يحدِّث عنه أبداً و إنّما حدث عن الشاهد الواحد و أنّه لا يقضى به، و ليس على القاضى أن يُعلِّم الخصم بأنّ له اليمين مكان الشاهد الآخر، و قد ذكروا فى باب آداب القضاء أنّه لا يجوز للقاضى تلقين الخصم بالحجّة.

و ثالثاً: أنّه لو أخذنا به يكون العلم المصون من الخطأ موضوعاً لجواز العمل به و الحكم على وفقه و أين هو من علم غير المعصوم الخاطئ كثيراً و إن لم يكن القاضى متوجّهاً إلى خطئه عند القضاء.

و رابعاً: أنّه يدلّ على أنّ الإمام يعمل بعلمه و أمّا أنّه يقضى به فلا إلّا أن يدّعى الملازمة بين العمل، و القضاء. كما مرّ.

---

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٠٨

٧ ما روى عن خزيمة بن ثابت بسند غير نقى و إن كان المضمون معروفاً: إنّ النبيّ اشترى فرساً من أعرابى فأنكر الأعرابى بيعه و قال: هلمّ من يشهد و لم يشهد أحد شرائه فشهد خزيمة و أمضى رسول الله شهادته و أقامها مقام اثنين فلقّب بذى الشهادتين. «١»

يلاحظ عليه: أوّلًا: مضافاً إلى ما عرفت من أنّ السند غير نقىّ، أنّه يدلّ على جواز الشهادة، على الموضوع إذا سمعه من المعصوم، و لا دليل على الملازمة بين جواز الشهادة و جواز القضاء.

و ثانياً: لو أخذ بمضمونه فهو يدلّ على جواز القضاء بالعلم بالموضوع لأجل إخبار المعصوم و أين هو من جواز العمل بمطلق العلم الحاصل من القرائن و ضمّ الشواهد.

إلفات نظر

إنّ الرواية الخامسة و السابعة و إن وردتا فى حقوق الناس، و السادسة و إن وردت فى حقوق الله، لكن سياق كلّ رواية على نمط يستفاد منه العموم، و لأجل ذلك جئنا بها فى ذلك الفصل، و لم ندرجها فى الفصلين التاليين.

مثلًا: جاء فى الرواية الخامسة، أنّ الإمام ضربه بسيفه معتذراً بأنّه يصدّق رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلَّم على أمره و نهيه و كيف لاـ يصدّق على ثمن الأعرابى. فلو كان الملاك للعمل ذلك التعليل فلا يختلف فيه الحقوقان إذ كيف يختلف بعد كون المصدر هو كلام رسول الله. صلَّى الله عليه و آله و سلَّم.

و هكذا جاء فى الرواية السادسة قول الإمام: إنّ إمام المسلمين يؤمن من أُمورهم على ما هو أعظم من هذا. و عليه تكون النتيجة هى العموم من غير فرق بين الحقوقين.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۸ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳، ملخّصاً.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۰۹

و مثله الرواية السابعة حيث أمضى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم شهادة خزيمة مكان الشهادتين و ذلك لأنّ مصدر شهادة خزيمة هو خبر النبىّ الأكرم المعصوم، فلو كان الملاك للشهادة هو ذلك، فلا يفرّق بين الحقوقين.

و هذا هو السرّ فى ذكر هذه الروايات فى هذا الحقل.

***

المقام الثانى: فى ما استدل به على جواز العمل فى خصوص حقوق الله

اشارة

استدلّوا فى هذا الحقل بأحاديث نأتى بها واحداً تلو الآخر:

الأوّل: ما رواه الكلينى عن الحسين بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: «الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزنى أو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحدّ و لا يحتاج إلى بيّنة مع نظره؛ لأنّه أمين الله فى خلقه، و إذا نظر إلى رجل يسرق أن يزبره و ينهاه و يَمضى و يَدعه» قلت: و كيف ذلك؟ قال: «لأنّ الحقّ إذا كان لله فالواجب على الإمام إقامته، و إذا كان للناس فهو للناس». «۱»

و الاحتجاج به مشكل سنداً لاشتماله على محمّد بن أحمد بن حمّاد المحمودى الذى عدّه الشيخ من أصحاب الإمام الهادى و لكن لم يرد فيه توثيق، كما أنّه لم يرد فى الحسين بن خالد أيضاً سواء أ كان المراد منه هو الصيرفى الذى عدّ من أصحاب الكاظم و الرضا عليهما السّلام أو الحسين بن خالد بن طهمان الذى يعبّر عنه بالخفاف و عدّ من أصحاب الصادق عليه السلام نعم حاول العلّامة المامقانى إثبات وثاقته من هنا و هناك فلاحظ. «۲»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب مقدّمات الحدود، الحديث ۳.

(۲) عبد الله المامقانى: التنقيح ۱/ ۲۲۷۲۲۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۱۰

و أمّا المضمون، فقد فصّل بين حقوق الله و حقوق الناس و أنّ الإمام بما أنّه أمين الله فى أرضه فهو يعمل بعلمه فى الأُولى، و يقيم الحدّ على الزانى و شارب الخمر، دون السارق لأنّه من حقوق الناس.

و لكنّه لا يخلو من إشكال لأنّه عدّ حدّ السرقة من حقوق الناس مع أنّه فرق واضح بين حدّ القذف فإنّه من حقوق الناس، و بين حدّ السرقة، فإنّ ردّ ما سُرِق فهو من حقوق الناس، و أمّا القطع فهو من حقوق الله.

و يدلّ على ما ذكرنا: ما رواه الشيخ بسند صحيح عن الحسن بن محبوب عن أبى أيوب عن الفضيل فى حديث و جاء فيه: إذا أقرّ على نفسه عند الإمام بسرقة قطعه فهذا من حقوق الله و إذا أقرّ على نفسه أنّه شرب خمراً حدّه، فهذا من حقوق الله و إذا أقرّ على نفسه بالزنا و هو غير محصن فهذا من حقوق الله، قال: و أمّا حقوق المسلمين فإذا أقرّ على نفسه بفرية لم يحدّه حتّى يحضر صاحب الفرية أو وليّه .... «۱» و لو فرضنا أنّ الروايتين متعارضين فالأخذ بالصحيحة متعين لا بما لم يثبت سنده.

نعم، يظهر من ابن ادريس الحلّى أنّ حدّ السرقة حقٌّ ممزوج من حقوق الله و حقوق الناس حيث قال: فأمّا الحقّ الذى لله و يتعلّق به حقّ الآدمى فلا يطالب به أيضاً و لا يستوفيه إلّا بعد المطالبة من الآدمى و هو حدّ السارق فمتى لم يرفعه إليه و يطالب بماله لا يجوز

للحاكم إقامة الحدّ عليه بالقطع فعلى هذا التحرير إذا قامت البيّنة بأنّه سرق نصاباً من حرز لغائب و ليس للغائب وكيل يطالب بذلك لم يقطع حتّى يحضر الغائب و يطالب. «۲»

و تحقيق المطلب و أنّ القطع من حقوق الله أو الناس موكولٌ إلى محلّه.

على أنّ الظاهر من رواية ابن خالد أنّه بصدد بيان أمر آخر و هو أنّ حقوق

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب مقدّمات الحدود، الحديث ۱.

(۲) الحلّى، السرائر: ۴۹۵. ۳، ط النشر الإسلامى.

الله تجرى و إن لم تكن هناك مطالبة و أمّا حقوق الناس فإجراؤه فرع المطالبة و ليست الرواية ناظرة إلى جواز عمل القاضى بعلمه و أنّ قوله: «إذا نظر إلى رجل» فى كلا الموردين بمعنى ثبوت الموضوع ثبوتاً شرعيّاً لا ثبوته بعلم القاضى.

ثمّ إنّ هناك روايات تدلّ على أنّ عليّاً عليه السلام عزّر رجلين أو امرأة و رجلًا إذ رآهما فى لحاف واحد، أو عزّر قاصّاً يقصُّ فى المسجد بالدرة و هذا يدلّ على جواز عمل الإمام بعلمه فى حقوق الله من دون بيّنة و إليك رواياته:

الثانى: صحيحة عبد الرحمن بن الحجّاج قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «كان على عليه السلام إذ وجد الرجلين فى لحاف واحد ضربهما الحدّ». «۱»

الثالث: صحيحة أبى عبيدة عن أبى جعفر عليه السلام قال: «كان على عليه السلام إذا وجد رجلين فى لحاف واحد مجرّدين جلّدهما حدّ الزانى مائة جلدة كلّ واحد منهما و كذلك المرأتان إذا وُجدتا فى لحاف واحد مجرّدتين جلّدهما كلّ واحدة منهما مائة جلدة. ۲

الرابع: روى الشيخ بسند صحيح عن أبان بن عثمان (الثقة) قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «إنّ عليّاً عليه السلام وجد امرأة مع رجل فى لحاف واحد فجلّد كل واحد منهما مائة سوط غير سوط». ۳

الخامس: صحيحة حريز عن أبى عبد الله عليه السلام: «إنّ عليّاً عليه السلام وجد رجلًا و امرأة فى لحاف واحد فضرب كل واحد منهما مائة سوط إلّا سوطاً». ۴

السادس: إنّ أمير المؤمنين عليه السلام رأى قاصّياً فى المسجد فضربه بالدرّة و طرده. ۵ و طبع الأمر يقتضى أن تكون القصّة من القصص المضلّة المضادّة لما عليه

(۱) ۱- ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حدّ الزنا، الحديث ۶، ۱۵، ۱۹.

(۲) ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حدّ الزنا، الحديث ۲۰.

(۳) ۵ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب بقيّة الحدود، الحديث ۱.

أسس الإسلام.

فى تفسير هذا القسم من الروايات:

۱- إنّ الروايات ليست فى مقام بيان عمل الإمام بعلمه، بل بصدد بيان حكم الموضوع و إن المتستّرين تحت لحاف واحد، حكمهما كذا، و التعبير ب «وجد» ليس مشيراً إلى أنّه وقف بالموضوع عن طريق رؤيته نفسه و عمل بعلمه، بل نشير إلى أنّ الثابت من عملهما هو ذاك، أى كونهما فى لحاف واحد، من دون إحراز أىّ عمل آخر. و لأجل ذلك جاء التعبير فى بعض الروايات: «حدّ الجلد أن يوجدا فى لحاف واحد، و الرجلان يجلدان إذا وجدا فى لحاف واحد». «۱»

۲- إنّ القدر المتيقّن من هذه الروايات هو وجود التسالم بين القاضى و المتواجدين تحت لحاف واحد، فلا يصحّ الاحتجاج به إذا لم يكن هناك تسالم فلو افترضنا أنّ الحاكم الإسلامى رآهما بآلة التصوير من بعيد، فاحضرهما فأنكرا فلا يصحّ الاحتجاج بالروايات عليهما.

السابع: ما رواه الشيخ بإسناده عن ابن أبى عمير، عن شعيب «۲» قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل تزوّج امرأةً لها زوج قال: «يفرّق بينهما»، قلت: فعليه ضرب قال: «لا، ما له يضرب»، إلى أن قال فأخبرت أبا بصير فقال سمعت جعفراً عليه السلام يقول: «إنّ عليّاً عليه السلام قضى فى رجل تزوّج امرأة لها زوج فرجم المرأة و ضرب الرجل الحدّ، ثمّ قال: لو علمت أنّك علمت لفضخت رأسك بالحجارة».

حمل الشيخ ما روى عن أبى الحسن بمن لا يعلم أنّ لها زوجاً، و حمل الثانى

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب حدّ الزنا، الحديث ۱ و لاحظ الحديث: ۲، ۳، ۴، ۵، ۷، ۹، ۱۰.

(۲) و هو شعيب بن يعقوب العقرقوفى بقرينة رواية ابن أبى عمير عنه وثّقه النجاشى و تبعه العلّامة.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۱۳

على من غلب على ظنّه ذلك و فرط فى التفتيش فيعزر. «۱»

و الفضخ بالإعجام هو كشف المساوى و يستعمل فى معنى الكسر أيضاً و هو المراد فى المقام. و الاستدلال مبنيّ على الأخذ بظهور العلم فى العلم الشخصى، و هو مورد تأمّل بل المراد هو الثبوت الشرعى، كالثبوت فى المرأة، فلا إطلاق له من هذه الجهة و ليس الإمام بصدد بيانه.

هذا ما وقفنا عليه فى حقوق الله و قد عرفت عدم صحّة الاحتجاج بهذه الروايات و هى بين ضعيف السند أو ضعيف الدلالة. أضف إليه وجود الشذوذ فى بعض المتون فنخرج بهذه النتيجة أنّه ليس للحاكم الإسلامى العمل بعلمه فى حقوق الله إلّا إذا كان هناك تسالم بين القاضى و المحكوم عليه.

فى خاتمة المطاف نأتى بأُمور تلقى الضوء على المختار

۱- عدم العمل بالعلم فى مورد الإحصان

إنّ النبيّ و الوصيّ كانا مصرّين على ستر الأمر فى حقّ المحصن و المحصنة، و عدم الرغبة إلى إقرارهما مع الإذعان بصدقهما. فلو كان علم القاضى قائماً مقام بيّنة المدّعى كان اللازم عليهما صلوات الله عليهما إجراء الحدّ، مع أنّا نرى فى الروايات المستفيضة تجاهلهما بالنسبة إلى صدور الزنا و محاولتهما أن لا يقرّا بما فعلا. و القائل بجواز العمل بالعلم فى مجال حقوق الله لمّا يواجه هذه الروايات، يحاول علاجها بالتخصيص فى الضابطة، و يتمسّك بالإجماع بأنّه لا يثبت الإحصان، إلّا بالبيّنة و الأقارير الأربعة. و كان الأولى جعل الروايات دليلًا على بطلان الضابطة و لأجل إيقاف القارئ على موقف النبيّ و الوصيّ من رفض العلم

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب حدّ الزنا، الحديث ۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۱۴

بزنا المحصن و المحصنة نأتى بنصّين: أحدهما يرجع إلى النبيّ الأكرم صلّى الله عليه و آله و سلّم و الآخر إلى وصيّه، و إن كان يوجب الإطناب فى الكلام.

روى البيهقى فى سننه قال: «جاء ماعز بن مالك إلى النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم فقال: يا رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم طهّرنى! فقال: ويحك ارجع فاستغفر الله و تب إليه قال: فرجع غير بعيد ثمّ جاء فقال: يا رسول اللّه صلّى الله عليه و آله و سلّم طهّرنى! فقال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: مثل ذلك حتّى إذا كانت الرابعة قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: ممّ اطهّرك فقال: من الزنا فسأل النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم أبه جنون فأُخبِر أنّه ليس بمجنون فقال: أشربت خمراً فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر. فقال النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم: أثيب أنت قال: نعم، فأمر به فرجم». «١»

و روى أيضاً بأنّ النبى قال: «و لو كنت راجماً من غير بيّنة لرجمتها». ٢

٢- روى الكلينى عن صالح بن ميثم عن أبيه قال: «أتت امرأة مجحٌّ ٣ أمير المؤمنين عليه السلام فقالت: يا أمير المؤمنين! إنّى زنيت فطهّرنى طهّرك الله، فإنّ عذاب الدنيا أيسر من عذاب الآخرة الذى لا ينقطع! فقال لها: ممّا أُطهّرك؟! فقالت: إنّى زنيت، فقال لها: و ذات بعل أنت إذ فعلت ما فعلت أم غير ذلك؟ قالت: بل ذات بعل، فقال لها: أ فحاضراً كان بعلك إذ فعلت ما فعلت أم غائباً كان عنك؟ قالت: بل حاضراً، فقال لها: انطلقى فضعى ما فى بطنك ثمّ ايتينى أُطهّرك، فلمّا ولّت عنه المرأة فصارت حيث لا تسمع كلامه قال: «اللّهمّ إنّها شهادة».

فلم تلبث أن أتته فقال: قد وضعت فطهّرنى، قال: فتجاهل عليها فقال: أُطهّرك يا أمة الله ممّا ذا؟! قال: إنّى زنيت فطهّرنى، قال: و ذات بعل أنت إذ فعلت ما فعلت؟ قالت: نعم، قال: فكان زوجك حاضراً أم غائباً؟ قالت: بل حاضراً، قال: فانطلقى فارضعيه حولين كاملين كما أمرك الله، قال: فانصرفت المرأة فلمّا صارت منه حيث لا تسمع كلامه قال: «اللّهمّ إنّهما شهادتان».

---

(١) ١ و ٢ البيهقى، السنن الكبرى: ٨/ ٢٢٦، و ج ٧/ ٤٠٧.

(٢) ٣ المتكبرة.

قال: فلمّا مضى الحولان أتت المرأة فقالت: قد ارضعته حولين فطهّرنى يا أمير المؤمنين، فتجاهل عليها و قال: أُطهّرك ممّا ذا؟ فقالت: إنّى زنيت فطهّرنى، فقال: و ذات بعل أنت إذ فعلت ما فعلت؟ فقالت: نعم، قال: و بعلك غائب عنك إذ فعلت ما فعلت؟ فقالت: بل حاضر، قال: فانطلقى فاكفليه حتى يعقل أن يأكل و يشرب و لا يتردّى من سطح و لا يتهور فى بئر قال: فانصرفت و هى تبكى فلمّا ولّت و صارت حيث لا تسمع كلامه قال: «اللّهمّ هذه ثلاث شهادات ...». «١»

٢- بطلان وحدة المدّعى و القاضى

القضاء المتعارف بين شعوب العالم، هو خروج القاضى عن إطار المنازعة، فلا يكون مدّعياً و لا منكراً، بل ينظر إلى كلامهما، و يوازن دليلهما، و ما يقتضى كلامهما. و يترتّب على ذلك، لزوم كون المدّعى غير القاضى و بطلان وحدتهما.

و لأجل ذلك لو ادّعى أحد على القاضى أمراً يجب أن يرفعه إلى قاض آخر، و لا يصحّ رفعه إليه إذ لا يصحّ أن يكون القاضى، من أُقيم عليه الدعوى و لأجل ذلك قال المحقّق: و إن ادّعى أحد على القاضى فإن كان هناك إمام، رافعه إليه و إن لم يكن و كان فى غير ولايته، رافعه إلى قاضى تلك الولاية، و إن كان فى ولايته رافعه إلى خليفته.

و يظهر من الجواهر أنّ لزوم التغاير أمرٌ مسلّمٌ و لذا استشكل فى الرجوع إلى خليفته قائلًا بأنّ ولاية الخليفة فرع ولايته الّتى لا يندرج فيها الحكم بالدعاوى المتعلّقة به «٢» فإذا لم يصلح القاضى لممارسة ما ادّعى عليه، فلا يصلح أيضاً لممارسة ما ادّعى على غيره لوحدة الملاك و هو لزوم مغايرة القاضى، مع أطراف المنازعة فلو

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۶ من أبواب حدّ الزنا، الحديث ۱. و لاحظ الحديث ۲ و ۵.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۱۵۸.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۱۶

وقع فی إطارها لما صلح.

على ضوء ذلك فلو كان فی مجال حقوق الله سبحانه، بيّنةٌ أو إقرارٌ، يكون المدّعی غير القاضی، فيحكم حسب شهادتهم أو إقراره و أمّا إذا لم تكن هناك بيّنة و لا إقرار من الشخص، إلّا القاضی و علمه فادّعى عليه أنّه ارتكب كذا و كذا، انقلب القاضی مدّعياً، مع لزوم كونهما متعدّداً.

نعم ما ذكرنا من استلزامه وحدة القاضی و المدّعی إنّما يتمّ فی حقوق الله دون حقوق الناس، فإنّ المدّعی فيها، صاحب الحقّ، و المنكر، من أُقيم عليه الدعوى، و القاضی هو الحاكم، من غير فرق بين صدوره عن البيّنة و الإقرار، أو عن علمه، و على كلّ تقدير فالقاضی خارج عن طرفی المنازعة.

نعم إذا كان القاضی قيّماً للأيتام و القصّر، و أمثالهما، فله إقامة الدعوى على الغير، لكن نيابة عنهم، فلا يكون القاضی و المدعی واحداً اعتباراً، و إن قلنا بعدم كفاية التعدّد الاعتباری فاللازم أن يرفع الشكوى إلى قاض آخر و فی المحاكم العرفية يتكفّل مدّعی العموم، أمر إقامة الدعوى و يُرفع الشكوى إلى محكمة أُخرى، لئلا تلزم وحدة القاضی و المدّعی.

۳- حقوق الله خارجة عن مجال القضاء

إنّ العبرة فی حقوق الله بالبيّنة و الإقرار، فإن تحقّق واحد منهما أُقيم الحدّ و لو لا البيّنة و الإقرار لا تصلح لإقامة الدعوى و أمّا إصغاء الادّعاء عند الاقتران بالبيّنة فلأجل الاقتران بها و لا عبرة بالادّعاء و هذا بخلاف حقوق الناس، فلو ادّعى على شخص ديناً فتسمع دعواه و إن لم تقترن بالبيّنة، و يكون له بالتالی حقّ إحلاف المنكر، و هذا بخلاف الادّعاء المجرّد فی حقوق الله فلو ادّعى بلا بيّنة، يحدّ أو يعزّر، و لا يترتّب على الادعاء أی أثر إذ لا يمين فی الحدّ. «۱»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب مقدّمات الحدود، الحديث ۱، ۲، ۳، ۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۱۷

و لأجل ذلك قال المحقّق: «لا تسمع الدعوى فی الحدود مجرّدة عن البيّنة فلا يتوجّه اليمين على المنكر»، و قال فی الجواهر فی شرح كلام المحقّق: بلا خلاف أجده كما اعترف به غير واحد؛ لأنّ من شرط سماع الدعوى أن يكون المدّعی مستحقّاً لموجب الدعوى فلا تسمع فی الحدود لأنّه حقّ الله، و المستحقّ (الله) لم يأذن و لم يطلب الإثبات على أمر، بل أمر بدرء الحدود بالشبهات و بالتوبة من موجبها من غير أن يظهر للحاكم و قد قال صلَّى الله عليه و آله و سلَّم لمن حمل رجلًا على الإقرار عنده بالزنى: «هلّا سترته بثوبك» و سماعها بالبيّنة بمعنى ثبوتها لا أنّها تكون دعوى له معها كما هو واضح. «۱»

و مع هذا البيان الواضح من الماتن و الشارح كيف يصلح للقاضی أن يقيم الدعوى فی حقوق الله على شخص و يقضی بعلمه، مع عدم قبول الموضوع الإقامة الدعوى، و بالتالی لا يصلح للقاضی أن يتّخذ لنفسه موقف المدّعی، و لا المنكر موقف الإنكار كما هو واضح.

و الحاصل أنّه يشترط فی المدّعی أن يكون مالكاً للدعوى بنحو من الأنحاء و هذا الشرط مفقودٌ فی حدود الله.

و لعلّه لبعض ما ذكرنا أفتى الشيخ فی النهاية باختصاص العمل بالعلم فی حقوق الله بالإمام المعصوم و لا يعمّ غيره قال: إذا شاهد الإمام من يزنی أو يشرب الخمر كان عليه أن يقيم الحدّ و لا ينتظر مع مشاهدته، قيام البيّنة و الإقرار، و ليس ذلك لغيره بل هو

مخصوص به، و غيره و إن شاهد يحتاج إلى أن يقوم ببيّنة أو إقرار من الفاعل. «۲»

فإن قلت: إذا كان القاضى عالماً بالواقع و لا بيّنة للمدّعى فهل يصحّ للقاضى إحلاف المنكر مع علمه بصدق المدّعى و كذب الآخر؟، أو نفترض أنّ البيّنة قامت على خلافِ ما يعتقده القاضى، فهل تكون البيّنة حجّة مع العلم

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۲۵۷.

(۲) الطوسى: النهاية: ۶۹۱.

بكذبها؟

قلت: قد تكرّرت أمثال هذا السؤال فى أكثر الكتب و الجواب أنّ القاضى مأمور من جانب الشارع بإصدار الحكم على طبق الضوابط لا ـ العمل بالواقع سواء أوافق الواقع أم لا و على فرض عدم انصراف أدلّة عن هاتين الصورتين، فلا دليل على وجوب القضاء عليه فى تلك الواقعة، و لا يلزم تعطيل الأحكام لعدم انحصار القاضى به، غاية الأمر يصدر القرار بترك المخاصمة حتّى ينظر قاض آخر فى أمرهما.

فتلخّص من هذا البحث الضافى عدم جواز عمل القاضى بعلمه فى حدود الله و حقوقه. بقى الكلام فى عمله بعلمه فى حقوق الناس، و هو ما يأتى فى العنوان التالى:

المقام الثالث: فى ما استدلّ به فى خصوص حقوق الناس

اشارة

قد عرفت حكم عمل القاضى بعلمه فى حقوق الله، بقى الكلام فى عمله بعلمه فى حقوق الناس فقد استدلّ عليه بروايات:

الأُولى: مرسلة أبان بن عثمان عمّن أخبره عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «فى كتاب علىّ عليه السلام: أنّ نبيّاً من الأنبياء شكا إلى ربّه القضاء فقال: كيف أقضى بما لم تر عينى و لم تسمع أُذنى؟ فقال: اقض عليهم بالبيّنات و اضفهم إلى اسمى يحلفون به و قال: إنّ داود عليه السلام قال: ربّ أرنى الحقّ كما هو عندك حتّى أقضى به، فقال: إنّك لا تطيق ذلك، فألحّ على ربّه حتّى فعل، فجاءه رجل يستعدى على رجل فقال: إنّ هذا أخذ مالى، فأوحى الله إلى داود أنّ هذا المستعدى قتلَ أبا هذا و أخذ ماله، فأمر داود بالمستعدى فقتل، و أخذ ماله فدفع إلى المستعدى عليه، قال: فعجب الناس و تحدّثوا حتى بلغ داود عليه السلام و دخل عليه من ذلك ما كره. فدعا ربّه

أن يرفع ذلك ففعل، ثمّ أوحى الله إليه أن أحكم بينهم بالبيّنات و أضفهم إلى اسمى يحلفون به». «۱»

و الاحتجاج بالرواية لا ـ يخلو من إشكال سنداً و دلالةً، أمّا أوّلًا: فلأنّه مرسل، و كون أبان من أصحاب الإجماع ليس بمعنى حجّية مراسيله أو حجّية رواياته الضعاف كما حقّقناه فى كتاب كليّات فى علم الرجال.

و أمّا ثانياً: فإنّ الرواية تدلّ على أنّ القاعدة الأوّلية، هو القضاء بالبيّنات و الايمان، لا بالواقع غير أنّ داود النبىّ لما دعا ربّه ليعمل بالواقع لديه سبحانه، أجازه و أوحى إليه الحقّ، فى تلك الواقعة و لما صار ذلك سبباً لتحدّث الناس عن داود، دعا ربّه أن يرفع ذلك، فرفعه و صار الأساس، القضاء بالبيّنات و الايمان، و الذى يقتضى الإمعان فيها أنّ مصلحة القاضى تَكْمن فى القضاء بالبيّنة و اليمين، و

لمّا دعا داود ربّه أن یقضـی بما هو الحق عند الله، فأجابه سـبحانه بأنّه لا یطیقه و لمّا ألحّ استجاب الله دعوته و أراه المفسدهٔ فی العدول عن الطریق المـألوف فصـار مـأموراً بالقضاء به و لو دلّ علی شـیء لـدلّ، علی أنّ القضاء بغیر الطریق السائـد، غیر خال من المشاکل و المصاعب.

و إن أبیت عن الدلالـهٔ فإنّما تدلّ علی العمل بالعلم الذی هو من سـنخ الوحی، لا مطلق العلم الذی هو موضوع للبحث و لو کان حسیّاً فضلًا عمّا کان حدسیّاً.

و یظهر من بعض مـا روی فی ذلـک البـاب أنّ القضاء بالواقع بلا سؤال عن بیّنـهٔ من خصائص الإمام المهـدی عجل الله فرجه الشـریف روی أبو عبیدهٔ الحذّاء فی حدیث قال: «إذا قام قائم آل محمّد صلّی الله علیه و آله و سلّم حکم بحکم لا یسأل عن بیّنهٔ». «۲»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۴.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۲۲۰

الثانیـهٔ: ما یـدلّ علی أنّ الإمام علیّاً علیه السـلام کان یقضـی بالمعاییر العلمیهٔ الطبّیهٔ و النفسـیهٔ التی تورث العلم للقاضـی و لکلّ من قام بهذا النوع من العمل و نأتی منها ما یلی:

۱- ما رواه الشـیخ عن عاصم بن حمید عن محمّد بن قیس عن أبی جعفر علیه السـلام: کان لرجل علی عهد علیّ علیه السلام جاریتان فولـدت إحداهما ابناً و الأُخری بنتاً، فعمدت صاحبهٔ البنت فوضـعت بنتها فی المهد الّذی فیه الابن و أخذت ابنها فقالت صاحبهٔ البنت: الابن ابنی، و قالت صاحبهٔ الابن: الابن ابنی فتحاکما إلی أمیر المؤمنین علیه السـلام، فأمر أن یوزن لبنهما و قال: أیّتهما کانت أثقل لبناً فالابن لها. «۱»

۲- ما رواه الصـدوق بإسـناده إلی قضایا ۲ أمیر المؤمنین علیه السـلام: قـال أبو جعفر علیه السـلام: تُوفّی رجل علی عهـد أمیر المؤمنین علیه السـلام و خلّف ابناً و عبداً، فادّعی کلّ واحد منهما أنّه الابن و أنّ الآخر عبد له، فأتیا أمیر المؤمنین علیه السلام فتحاکما إلیه، فأمر علیه السلام أن یثقب فی حائط المسجد ثقبین، ثمّ أمر کلّ واحد منهما أن یدخل رأسه فی ثقب ففعلا، ثمّ قال: «یا قنبر جرِّد السّیف» و أشار إلیه: «لا تفعل ما آمرک به» ثمّ قال: «اضـرب عنق العبـد»، فنحّی العبـد رأسه فأخذه أمیر المؤمنین علیه السـلام و قال للآخر: «أنت الابن و قد اعتقت هذا و جعلته مولی لک».

۳- روی الکلینی بسـند صحیح عن أبی الصبّاح الکنانی ۳ عن أبی عبد اللّه علیه السـلام قال: أتی عمر بامرأهٔ قد تزوّجها شـیخ، فلمّا أن واقعهـا مات علی بطنها، فجاءت بولـد فادّعی بنوه أنّها فجرت، و تشاهـدوا علیها، فأمر بها عمر أن ترجم، فمرّ بها علی علیّ علیه السـلام فقـالت: یا ابن عمّ رسول الله علیه السـلام إنّ لی حجّـهٔ، قال: «هاتی حجّتک»، فـدفعت إلیه کتاباً فقرأه، فقال: «هـذه المرأهٔ تعلمکم بیوم تزوّجها و یوم واقعها و کیف کان جماعه لها، ردّوا المرأهٔ» فلمّا کان من الغد دعا بصبیان أتراب

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۱ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۶ و ۹.

(۲) ۳ و فی السند محمد بن علی و المراد منه محمد بن علی بن مهزیار الثقهٔ و لیس فیه ای إرسال.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۲۲۱

و دعـا بـالصبی معهم فقال لهم: «العبوا» حتّی إذا ألهاهم اللّعب قال لهم: «اجلسوا» حتّی إذا تمکّنوا صاح بهم، فقام الصّبیان و قام الغلام فـاتّکی علی راحتیه، فـدعا به علیّ علیه السـلام و ورثه من أبیه، و جلـد إخوته المفترین حـدّاً حـدّاً، فقـال عمر: کیف صـنعت؟ فقـال: «عرفت ضعف الشّیخ فی تکأهٔ الغلام علی راحتیه». «۱»

و یمکن أن یقال: إنّ الروایـة ظاهرة فی جواز العمل بالعلم فی حقوق الله، و ذلک لأجل أنّ موردها هو الرجم. و لکن الظهور ممنوع و ذلـک لأنّ الإمام عمل به فی دفعه عن المرأة، لا فی إثباته و لا یمکن لنا الإذعان أنّ الإمام یعمل به فی الجانب الآخر، و لعلّه صـلّی الله علیه و آله و سـلّم کان واقفاً علی صـدقها و أراد بما فعل إقناع الخلیفـة ببراءتها و إلّا فمجرّد الاتّکاء علی الأرض لا یفیـد العلم بأنّه ابن رجل أودع نطفته فی رحم أُمّه و هو شیخ کبیر فان.

۴- ما رواه فی الوسائل عن الشیخ المفید فی الإرشاد:

قـال روت العامّیة و الخاصّیة أنّ امرأتین تنازعتـا علی عهـد عمر فی طفـل ادّعته کلّ واحـدة منهما ولـداً لها بغیر بیّنـة و لم ینازعهما فیه غیرهمـا، فالتبس الحکم فی ذلک علی عمر، ففزع فیه إلی أمیر المؤمنین علیه السـلام، فاستدعی المرأتین و وعظهما و خوّفهما، فأقامتا علی التّنـازع، فقـال علیّ علیه السـلام: «ایتونی بمنشـار» فقـالت المرأتان: فما تصـنع به؟ فقال: «أقـدّه نصـفین لکلّ واحـد منکما نصـفه» فسـکتت إحداهما و قالت الأُخری: الله الله یا أبا الحسن إن کان لا بدّ من ذلک فقد سمحت به لها، فقال: «الله أکبر هذا ابنک دونها، و لو کان ابنها لرقّت علیه و أشفقت»، و اعترفت الأُخری أنّ الحقّ لصاحبتها و أنّ الولد لها دونها. «۲»

لا شکّ أنّ الإمام علیه السـلام قـد قضـی بمقدّمات حسیّة تورث العلم لکلِّ من شاهد القضایا بأُم عینیه، سواء کان الإمام أو غیره و قد اعتمد فی قضائه علی أمور

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۱ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۳.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۱ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۲۲

طبّیـة، کما فی مورد وزن اللبن حیث إنّ الذکر أقوی جسـماً من الأُنثی، فطبع الحال یقتضـی أن یکون اللبن الذی یتغذّی به أقوی مادّة من لبن غیره إذا کانا متقاربی الولادة من حیث الزمان، لا إذا کانوا مختلفین من تلک الجهة، فربّما یکون لبن أُمّ البنت إذا کانت ولیدة سنة أقوی من لبن أُمّ الابن إذا کان ولید یوم.

و لکنّه (صـلوات الله علیه) اعتمد فی الموارد الأُخر علی أُمور نفسـیة تورث الاطمئنان، مثلًا عند ما سـمع أحدهما أمرَ الإمام بضرب عنق العبد، نحّی رأسه دون الآخر من لا وعی و شعور، و هذا یدلّ علی أنّه فی صمیم ذاته کان یعتقد برقّیته دون الآخر.

کما أنّ الإمام اعتمد علی ناموس الوراثة، و أنّ شیخوخة الأب حین الولادة تؤثر فی الولد حیث قام الصبیان بلا اتّکاء علی الراحة و قام هو متکئاً علی راحتیه.

و مثله القضیـة الأـخیرة حیث دلّ إشـفاق إحـدی المرأتین و رقّتهـا علی کونهـا أُمّاً دون الأُخری. و إن اعترفت أخیراً علی أنّ الولـد لها دونها، لکن الإمام قضی قبل إقرارها. «۱»

فجمیع الموارد تتمتع من خصوصیات:

الأُولی: إنّ المعلوم و إن لم یکن حسیّاً لکن مبادئه حسّیة و لا یمکن التعدّی من هذا النوع إلی ما إذا کانت مبادئه حدسیةً بحتةً.

و الثانیة: إنّ المصادر الذی صدر عنها الإمام لا یختصّ بأحد دون أحد و الإمام و غیره سواسیـة، أمام ذلک العلم فهو قابل للانتقال إلی الغیر، بالإمعان فیه من مبادئه و مقدّماته.

الثالثة: إنّ الإمام لم یقض غائباً عن أعین الناس بل قضی فی مشهد عظیم،

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۱ من أبواب کیفیة الحکم، لاحظ أحادیثه.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۲۳

تری کیف عالج المشاکل بالمواهب الإلهیة و الطاقات فوق العادة فأخرج نفسه بذلک عن مظنّة التهمة و تحدّث الناس عنه.

فلو حصل مثل ذلک العلم للقاضی غیر المعصوم، فله الحکم أخذاً بالضابطة.

ثمّ إنّ جمع القرائن و الشواهد فی المحاکم العرفیة للتعرّف علی صدق المدّعی أو إنکار المنکر أمر رائج فیها و ربّما یحولون الأمر إلی الخبراء للتحقیق عن دلالتها علی ما یرتئیه القاضی.

نفترض وقوع قتل فی البیت أو الشارع أو فی غرفة عمل المقتول، فاتّهم إنسان بأنّه المباشر للجنایة فإنّ التحقیق عن الصلة الموجودة، بین المقتول و المتّهم، من الحبّ و البغض و عن مکان القتل و زمان وقوعه، و الآلة التی ترکت فی المحلّ و مدی قدرة المتّهم علی إعمالها، و الإمعان فی حالته عند مواجهة جسد المقتول. و وجود الانسجام أو التناقض فی أجوبة الأسئلة إلی غیر ذلک من الأُمور، یکشف الستر عن وجه الحقیقة و یصل القاضی فی ظل نظر الخبراء إلی النتیجة القطعیة التی یصل إلیها، کل من نظر فی الملفّ و تأمّل فیه، فهذا النوع من العلم علم حسیّ بمعنی کون مبادئه حسّیة، و لأجل ذلک ربما یضطرّ المتّهم بالإقرار قبل صدور الحکم، کما ربّما یصل القاضی ببراءته و لیس تحصیل العلم فیه أبعد من تحصیله من الشهادة بالعدالة و الفسق.

فلو لم نعتمد علی هذه القرائن و الشواهد أو شهادة الخبراء الذین أحرزت عدالتهم و صدقهم فی المقال، علی دلالتها علی واحد من الأمرین، لانتشر الفساد فی الأرض، أو أقفل باب القضاء فی زماننا هذا.

و لقد بلغنی عن بعض القضاة الممارسین فی المحاکم، أنّ القضاء بالبیّنات فیها قلیل جدّاً، فلا محیص إلّا عن الإقرار، أو الإحلاف غیر أنّ جمع القرائن و الشواهد و الرجوع إلی الخبراء و الأخصّاء، یکشف السرّ المکتوم و یستعین به

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۲۴

القاضی و ربّما یواجه القاضی حوادث لیس للبیّنة لها طریق، کوقوع حریق فی المعمل، لا یُدری هل حدث عن عمد، أو لوجود نقص فی الأسلاک الکهربائیة، أو تقصیر فی الصیانة أو غیر ذلک فلا محیص عن اعتبار علم القاضی إذا استند إلی أُمور حسیّة أو قریبة من الحسّ مفیدة للعلم لکل إنسان عادیّ.

و علی ضوء ذلک یجوز للقاضی العمل بعلمه بشرط أن یکون علمه مستنداً إلی مبادی حسیّة أو قریبة منها، علی وجه یکون قابلًا للانتقال إلی غیره، بحیث لو نظر إلیها غیره لحصل له العلم، و هذا ما نعبّر عنه بجمع القرائن و الشواهد المفیدة للعلم.

إکمال

استثنی الموافق و المخالف فی عمل القاضی بعلمه، موارد جوّزوا فیها العمل بعلمه:

۱- تزکیة الشهود و جرحهم لئلّا یلزم التسلسل فإنّه إذا علم بأحد الأمرین و توقّف فی إثباته علی الشهود فإن اکتفی بعلمه بعدالة المزکّی أو الجارح فقد حکم بعلمه و إلّا افتقر إلی آخرین و هکذا فیلزم التسلسل إن لم یعتبر شهادة الأوّلین.

۲- الإقرار فی مجلس القضاء و إن لم یسمعه غیره. و قیل یستثنی إقرار الخصم مطلقاً.

۳- العلم بخطاء الشهود یقیناً أو کذبهم.

۴- تعزیر من أساء به فی مجلسه و إن لم یعلم غیره لأنّه من ضرورة إقامة أُبهة القضاء.

۵- أن یشهد معه آخر فإنّه لا یقصر عن شاهد. «۱»

(۱) زین الدین العاملی: المسالک: ۲/ ۳۹۹، ملحقات العروة: ۱/ ۲۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۲۵

و لو ثبت الإجماع فی هذه الموارد فهو و إلّا فالقضاء بالعلم فی مورد الإقرار، إذا لم يكن قابلًا للانتقال مشكل لما عرفت من قصور الأدلّة من شمولها لغير هذه الصورة و ربّما يرد عليه ما تقدّم فی باب حقوق الله من وحدة القاضی و المدّعی، حيث يدّعی بنفسه إقرار المنكر ثمّ يقضی، و هو ليس بصحيح و الاستناد فی ذلک بما مرّ من قضية ماعز و غيرها حيث إنّ الظاهر كفاية علم القاضی بإقرار المقرّ، لا يخلو من إشكال، لأنّ الإقرار فی تلک المواضع لا ينفک عن سماع الأخيرين على أنّ مدّعی السماع هناک هو النّبی المعصوم الذی لا يقع مظنّة التهمة فلاحظ ذيل الرواية الأُولى. «۱» و الله العالم.

المسألة الثانية: فی التماس المدّعی حبس المنكر لتزكية البيّنة

إذا أقام المدّعی بيّنة و لم يعرف الحاكم عدالتهما فالتمس المدّعی حبس المنكر ليعدّ لها فهل يجوز حبسه وجهان:

۱- قال الشيخ فی المبسوط بالجواز لقيام البيّنة بما ادّعاه. «۲»

۲- و قال المحقّق: لا يجوز حبسه حيث لم يثبت المدّعی بالبيّنة العادلة، حتى تجوز عقوبته.

لا شکّ أنّه يجوز الحبس بعد ثبوت الدين، و قبل ثبوت الإفلاس فقد روى غياث بن إبراهيم عن أبيه أنّ عليّاً عليه السلام كان يحبس فی الدين فإذا تبيّن له حاجة

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۶ من أبواب حدّ الزنا، الحديث ۱.

(۲) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۱۵۲ و ۲۳۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۲۶

و إفلاس خلّى سبيله حتى يستفيد مالًا. «۱» و روى السكونی عن جعفر عليه السلام عن ابنه انّ عليّاً كان يحبس فی الدين ثمّ ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء و إن لم يک له مال دفعه إلى الغرماء ۲

إنّما الكلام فيما إذا لم يثبت، فلو ادّعى عليه حقّاً و لم يُحضر بيّنة، فليس له حبس المدّعى عليه بمجرّد الدعوى غاية الأمر له إحلاف المنكر، إنّما الكلام إذا ادّعى حقّاً و احضر بيّنة و لكن الحاكم لم يعرفها فالتمس المدّعی حبسه ليعدّ لها، خوفاً من فراره أو اختفائه أو غير ذلک فالقول بجواز الحبس مبنی على أحد أمرين:

۱- إنّ الأصل فی كل مسلم هو العدالة و الفسق يحتاج إلى الإثبات فالبيّنة تامة و لا ينافيه التوقف على طلب التزكية لأنّ القائل بهذا القول يجوز البحث عن التزكية عند الريبة، و مع طلب الغريم له ذلک.

۲- إنّ العدالة ليست بشرط، بل الفسق مانع مثل ما يقال أنّ كون اللباس ممّا لا يؤكل لحمه، مانع لا كونه ممّا يؤكل شرط و على ذلک فالمقتضی موجود، و يحرز عدم المانع بالأصل أی باستصحاب الحالة السابقة قبل البلوغ.

و الوجهان ضعيفان أمّا الأوّل فلم يدلّ دليل على أنّ الأصل فی المسلم العدالة، كما لم يدل دليل على أنَّ العدالة المشروطة فی الشهادة بمعنى الإسلام كما سيوافيک فی كتاب الشهادة.

أمّا الثانی، فلأنّ الظاهر من قوله سبحانه (وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) (الطلاق/ ۲) و قوله سبحانه: (اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ) (المائدة/ ۱۰۶) و قوله: (فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ) (المائدة/ ۹۵) أنّ العدالة هو الشرط فی قبول شهادة قول البيّنة.

و الحقّ أنّه لا يجوز حبسه، و لكن لا يجوز له إطلاقه أيضاً من دون أخذ تأمين منه لحضور مجلس القضاء ثانياً، فيدخل فی مصاديق تزاحم الحقوق فيجب الجمع بين الحقّين أو الأخذ بالأقوى ملاكاً و المورد من قبيل الأوّل و هو أخذ الكفيل أو الرهن فما ذكره فی

الجواهر من عـدم جواز الحبس و لا المطالبـة بکفیل و لا رهن، غیر تام و علی ذلک سـیرة المحاکم العرفیّة حیث لا یخلّون الخصم بلا تأمین لحقّ المدّعی إذا کان مظنوناً.

***

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۷ من أبواب الحجر، الحدیث ۱– ۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۲۷

المسألة الثالثة فیها فروع ثلاثة:

اشارة

ذکر المحقّق فیها فروعاً ثلاثة بالنحو التالی:

۱– لو قضـی الحـاکم علی غریم بضـمان مـال، و أمر بحبسه فعنـد حضور الحـاکم الثانی، یُنظر فإن کان الحکم موافقاً للحقّ ألزم، و إلّا أبطله سواء کان مستند الحکم قطعیاً أو اجتهادیاً.

۲– کلّ حکم قضی به الأوّل و بان للثانی فیه الخطاء فإنّه ینقضه.

۳– لو حکم هو ثمّ تبیّن الخطأ فإنّه یبطل الأوّل و یستأنف الحکم بما علمه حقاً. «۱»

و إلیک البحث فیها واحداً بعد الآخر.

[الفرع الأول] لزوم النظر فی حکم الغریم المحبوس

إنّ ما ذکر فی الفرع الأوّل، هو الموافق لما ذکره فی مبحث الآداب قال: «إنّ

(۱) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۷۵.

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم – ایران، اول، ۱۴۱۸ ه‍ ق نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء؛ ج۱، ص: ۲۲۸

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۲۸

القاضـی ینظر فی المحبوسـین و یجعل وقتاً فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحـد واحـد و یسأله عن موجب حبسه و یعرضه علی خصـمه فإن ثبت لحبسه موجب أعـاده و إلّـا أشـاع حاله بحیث إن لم یظهر له خصم أطلقه» «۱» و لکنّه، لاـ یلائم ظاهراً مع ما سـیذکره فی المسألة الرابعة حیث قال: «لیس علی الحاکم تتبع حکم من کان قبله». «۲»

و قد اضـطرب کلامهم فی الجمع بین ما ذکر هنا، و ما ذکره فی المسألة الرابعة فقال الشـهید الثانی: عند الکلام فی المسألة الرابعة إنّما وجب فی المسألـة الأُولی النظر فی حکم الأوّل دون هـذه، (الرابعـة) لأنّه فی الأوّل وجـد الغریم محبوساً علی الحقّ و لم یُحصِّل أداءه فکـأنّ الأـوّل لم یتمّ، فلـذا أوجب علی الثـانی النظر فی حـال من علیه الحقّ لأـنّه یحتاج إلی أن یحکم علیه بوجوب أداء الحقّ و لا یتمّ للثـانی ذلـک حتّی یعلم حـال الحکم السابق بخلاف ما إذا کان قـد انقضـی الأمر فی حکم الأوّل و اسـتوفی متعلّق الحکم فإنّ الحاکم الثـانی لاـ یجب علیه النظر فی السـابق و لاـ یُتّبع الأحکـام إلّا أن یـدّعی المحکوم علیه جور الحاکم الأوّل فیلزمه حینئـذ النظر لأنّ هـذه

دعوى يلزمه سماعها و لا يتمّ إلّا بالنظر فى الحكم فينفذه إن كان حقّاً و يردّه إن تبيّن بطلانه. «۳»
و اعترض فى الجواهر بأنّ دعوى عدم انتهاء الحكم فى الأوّل يدفعها ظهور العبارة فى خلافها ضرورة كون حبسه لاستنقاذ الحقّ منه.
و الظاهر أنّ صاحب الجواهر قدّس الله سرّه ما أعطى حقّ النظر فى عبارة الشهيد أنار الله برهانه كما هو شأنه فى سائر الموارد إذ المراد من عدم التمامية هو عدمها استيفاءً لا حكماً فليس له الحبس إلّا إذا ثبت موجبه عنده، و مثله إذا صدر الحكم بالإعدام فليس للثانى الإجراء إلّا إذا ثبت موجبه عنده مثل القاضى

(۱) المصدر نفسه/ ۷۳.

(۲) المصدر نفسه/ ۷۶.

(۳) العاملى، المسالك: ۲/ ۴۰۰.

الأوّل.
و الضابطة الكلّية أنّه ليس للثانى ردّ حكم القاضى السابق و لكنّه أيضاً ليس له إنشاء حكم وفق حكم الحاكم الأوّل إلّا بعد ثبوت الموضوع عنده بل و لا إجراؤه و إن لم يحكم كما سيوافيك فى محلّه و العجب أنّه تنبّه ببعض ما ذكره الشهيد فى بعض كلماته حيث قال: و عدم جواز الردّ عليه مع عدم العلم بفساده لا يقتضى تحقّق الموضوع الذى يتوقّف عليه مباشرة الثانى لاستيفاء الحقّ الذى هو من ولاية القضاء بالمعنى الأعم فليس له حينئذ ذلك إلّا بعد ثبوت كونه مستحقّاً عليه عنده و ليس فى الأدلّة أزيد من حرمة الردّ و من الإنكار على الردّ و نحوه ذلك ممّا لا دلالة فيه على ثبوت الحقّ عند الثانى على وجه يكون وليّاً على استنقاذه «۱».
و بذلك اتّضح دليل الفرع الأوّل و قد أشار إليه المحقّق بعبارة موجزة حيث قال: لاحتياج الاستيفاء منه إلى مسوّغ.
و الحاصل: إنّ الردّ و الاستنكار أمر و إنشاء الحكم وفق الحكم الأوّل أو إجراء حكم المعزول أمر آخر فما يرجع إلى المسألة الرابعة، هو الأمر الأوّل، و ما يرجع إلى المقام هو الأمر الثانى.
ثمّ إنّه يظهر من السيّد الطباطبائى أنّ الممنوع فى هذه الصورة هو إنشاء حكم على طبق حكم حاكم آخر من غير أن يبحث عنه و يتبيّن كونه على طبق رأيه و مع ذلك يجوز أو يجب إمضاؤه بمعنى تنفيذه و هو غير الحكم من نفسه على طبقه. «۲»
و لا- يخفى عدم ترتّب ثمرة على هذا التفصيل، فإنّ محور النزاع هو جواز أو وجوب إجراء حكم من تقدّم سواء كان هناك إنشاء حكم على وفق الأوّل أو لا، و الذى تترتّب عليه الثمرة، هو اجتنابه عن إجراء الحكم إلّا إذا ثبت الموضوع عنده.

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۹۵.

(۲) ملحقات العروة ۲/ ۲۸، المسألة ۳۵.

و الظاهر من عبارة الجواهر السابقة هو ما ذكرناه. «۱»
و نظير ما قلناه فى المقام ما يقال فى أصالة الصحّة فى فعل الغير من أنّها لا تثبت الصحّة المطلقة بل الصحّة النسبيّة، فلو اشترى رجل من بايع مشكوك بلوغه عندنا فمقتضى الأصل، هو صحّة شراءه منه و لكنّه لا تثبت بلوغ البائع حتّى يجوز لنا شراء شيء آخر منه بل لا محيص لنا عن التحقيق فى بلوغه و عدمه.
و مثله إذا تفحّص الحاكم عن زوج المرأة أربع سنوات، فطلّقها فيجوز لنا، تزويجها، و أمّا إذا تفحّص و لم يطلّق فليس لنا طلاقها مبنياً على فحصه إلّا بعد ثبوت الموضوع عندنا.

فإن قلت: إذا كان الحكم صادراً عن وفق موازين القضاء فيجب على الحاكم الثانى تنفيذه، فإنّ إيقافه ردّ على الحاكم الأوّل.
قلت: إنّ الحرام هو ردّ الحكم و رفضه حسب دلالة المقبولة، و أين هو من الإيقاف حتّى يثبت الموضوع.
و الحاصل: إنّ الإجراء فرع ثبوت الموضوع لدى الحاكم الثانى و إلّا فلا يردّه و لا يرميه بالبطلان و فى الوقت نفسه لا يجريه.

[الفرع الثانى] نقض حكم القاضى عند تبيين الخطأ

اشارة

هذا هو الفرع الثانى الذى أشار إليه المحقّق بقوله: «و كذا كلّ حكم قضى به الأوّل و بان للثانى فيه الخطأ فإنّه ينقضه» توضيحه: التنصيب عموماً أو خصوصاً على القضاء، يلازم نفوذ حكم القاضى لرفع الخصومة و قطع النزاع فلو لم يكن حكمه نافذاً لغى التنصيب و يصبح القاضى رجلًا ناصحاً لا أثر لكلامه فى رفع المنازعة إلّا فى أقلّ من الناس. و لأجل ذلك

---

(۱) الجواهر ۴۰/ ۹۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۳۱
أوجب الإمام قبول قضائه و حرّم ردّه بقوله: «فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنّما استخفّ بحكم الله و علينا ردّ، و الرادّ علينا كالرادّ على الله و هو بمنزلة الشرك». «۱» إلى غير ذلك من الروايات.
و مع ذلك كلّه فقد استثنى القوم موارد جوّزوا فيها نقض حكمه فيها قائلين بأنّه ليس من مقولة الردّ عليه و الصور المتصوّرة بشكل عام و إن كان بعضه خارجاً عن إطار البحث عبارة:
۱- نقض الحكم بالحكم
۲- نقض الحكم بالفتوى
۳- نقض الفتوى بالحكم
۴- نقض الفتوى بالفتوى
و هذه هى الأقسام الأربعة و إليك البحث فيها واحداً بعد الآخر.

۱- نقض الحكم بالحكم

و قبل الخوض فى البحث نأتى ببعض نصوصهم:

۱- قال الشيخ: إذا قضى الحاكم بحكم فاخطأ فيه ثمّ بان أنّه أخطأ أو بان أنّ حاكماً كان قبله قد أخطأ فيما حكم به، وجب نقضه و لا يجوز الإقرار عليه بحال و قال الشافعى: إن أخطأ فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد بأن خالف نصّ كتاب أو سنّة أو إجماعاً أو دليلًا لا يحتمل إلّا معنى واحداً و هو القياس الجلىّ على قول بعضهم، و القياس الجلىّ و الواضح على قول الباقين منهم، فإنّه ينقض حكمه، و إن أخطأ فيما يسوغ فيه الاجتهاد لم ينقض حكمه.
و قال مالك و أبو حنيفة: إن خالف كتاب الله و السنّة لم ينقض حكمه، و إن

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۳۲

خالف الإجماع نقض حکمه، و ناقض کل واحد أصله فقال مالک: إن حکم بالشفعة للجار نقض حکمه و هذه مسألة خلاف، و قال محمد بن الحسن: إن حکم بالشاهد و الیمین، نقض حکمه، و قال أبو حنیفة: إن حکم بالقرعة بین العبید أو بجواز بیع ما ترکت التسمیة علی ذبحه عامداً، نقض حکمه لأنّه حکم بجواز بیع المیتة.

قال الشیخ: دلیلنا إجماع الفرقة و أخبارهم و أیضاً فقد ثبت عندنا أنّ الحقّ فی واحد، و أنّ القول بالقیاس و الاجتهاد باطل، فإذا ثبت ذلک فکلّ من قال بهذا قال بما قلناه، و إنّما خالف فی ذلک من جوّز الاجتهاد، و روی عن النبی صلّی الله علیه و آله و سلّم أنّه قال: من أدخل فی دیننا ما لیس منه فهو ردّ، و قال علیه السلام: ردّوا الجهالات إلی السنن، و هذه جهالة و روی عن عمر أنه کتب إلی أبی موسی الأشعری کتاباً یقوله فیه: و لا یمنعک قضاء قضیت به الیوم ثمّ راجعت رأیک فهُدیت لرشدک أن تراجع فإن الحقّ قدیم، و لا یبطله شیء، و أنّ الرجوع إلی الحقّ أولی من التمادی فی الباطل. «۱»

۲- و قال الشیخ أیضاً: و قال المخالف لیس لأحد أن یردّ علیه و إن حکم بالباطل عنده لأنّه إذا کان حکمه باجتهاده وجب علیه العمل به فلا یعترض علیه بما هو فرضه إلّا أن یخالف نصّ الکتاب أو سنّة أو إجماعاً أو قیاساً لا یحتمل إلّا معنی واحداً فإنّ ذلک ینکر علیه ثمّ إنّه اختار ما یلی و قال: إنّه إن أصاب الحقّ نفذ حکمه، و لا یعترض علیه، و إن أخطأ وجب علی کل من حضره أن ینبّهه علی خطئه، و لا قیاس عندنا فی الشرع و لا اجتهاد، و لیس کلّ مجتهد مصیباً. «۲»

۳- قال ابن البرّاج: و إذا حکم بشیء ثمّ بان له أنّه أخطأ أو بان له أنّ الحاکم قبله حکم بشیء و أخطأ فیه کان علیه نقض ما أخطأ هو فیه، و کذلک ما أخطأ فیه غیره من الحکّام المتقدّمین علیه و حکم بما یعلمه من الحقّ. «۳»

---

(۱) الطوسی: الخلاف، کتاب القضاء، المسألة ۷.

(۲) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۹۱.

(۳) ابن البرّاج، المهذب: ۲/ ۵۹۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۳۳

۴ و قال العلّامة: و کلّ حکم ظهر بطلانه فإنّه ینقضه سواء کان الحاکم هو أو غیره، و سواء کان مستند الحکم قطعیاً أو اجتهادیاً. «۱»

۵- و قد اضطرب کلام العلّامة فی القواعد ففی موضع یظهر منه التفصیل بین ما إذا خالف دلیلًا قطعیاً وجب علیه و علی غیر ذلک الحاکم، نقضه و لا یسوغ إمضاؤه ... و إن خالف دلیلًا ظنّیاً لم ینقض کما لو حکم بالشفعة مع الکثرة ....

ثمّ یقول بعد عدّة سطور: و لو کان الحکم خطأ عند الحاکم الأوّل و صواباً عند الثانی ففی نقضه مع کون الأوّل من أهله نظر و الأقرب أنّ کلّ حکم ظهر أنّه خطأ سواء کان هو الحاکم أو السابق فإنّه ینقضه و یستأنف الحکم بما علمه حقّاً. «۲» فقد فصّل فی العبارة الأولی بین الدلیل القطعی و الظنّی و لکنّه حکم بالنقض مطلقاً فی الثانیة فلاحظ.

۶- و قال فخر المحقّقین: إذا علم الحاکم الثانی بأنّ الحاکم الأوّل أخطأ فی حکمه، أو الحاکم نفسه علم أنّه حکم بحکم خطأ و الخطاء بمخالفة نصّ الکتاب أو السنّة المعلومی الدلالة مع علم سند السنّة أو الإجماع، نقض ذلک الحکم. و أمّا إذا ظهر خطأ الحکم لاستناده فی الاجتهاد إلی دلیل ظهر أنّه لیس بدلیل فی نفسه و لم یظهر له برهان علی فساد هذا الحکم بل ظهر فساد فی مستنده فهذا هو المبحوث عنه هنا و قد اختار المصنف (العلّامة) أنّ الأقرب نقضه و الحکم بما علمه حقّاً.

و وجه القرب قوله تعالی: (وَ مَنْ لَمْ یَحْکُمْ بِمٰا أَنْزَلَ اللّٰهُ) (المائدة/ ۴۷) و الخطأ لم ینزله اللّه، و لأنّ إقرار ما یعتقده خطأ مع العلم به أو الظنّ و هو غیر جائز.

و قال: و فیه نظر، لأنّ قوله: «مع العلم به لا نزاع فیه» و قوله: «أو الظن» فإنّه

(۱) الإرشاد: ۲/ ۱۴۱.

(۲) مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۱۵۵، قسم المتن، و لاحظ: الايضاح: ۳/ ۳۱۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۳۴

فى عين المنع، فإنّ الدليل الظنّى لا- ينقض ما حكم به بدليل ظنىّ و إلّا لم تستقرّ الأحكام أمّا لو ظهر باجتهاد ثان فلا ينقض و إلّا لم يستقرّ حكم. «۱»

هذه بعض النصوص فى المسألة و إليك تحليلها:

إنّ نقض الحكم بالحكم جوازاً و منعاً يستمدّ من الأمور التالية و الإمعان فيها يعطى الضابطة و يحدِّد الجواز و المنع و إليك بيانها:

۱- الغاية المتوخاة من القضاء فى جميع الأوساط هو رفع الخصومة و قطع النزاع قانوناً و تشريعاً و هو لا- يتحقّق إلّا إذا كان حكم القاضى متمتِّعاً بصلابة و قوّة غير منتقضة باعتراض أحد الطرفين و إلّا لما حصلت الغاية المطلوبة، و انتهى الأمر إلى الهرج و المرج و لأجل ذلك يَتمتَّعُ حكم القاضى فى تمام المجتمعات بالقوّة و الاستحكام.

۲- إنّ النقض و تحديد القضاء فرع وجود الخصومة و المفروض أنّها ارتفعت بالقضاء الأوّل فليست على صعيد التشريع أيّة خصومة حتّى يتصدّاها الحاكم الثانى أو القاضى الأوّل نفسه و إن رضى المتحاكمان لأنّ الوصل بعد الفصل يحتاج إلى دليل.

و بذلك يظهر أنّ حرمة النقض و تجديد المرافعة من القضايا التى دليلها معها، لأنّ القضاء الثانى فرع وجود المرافعة تشريعاً و المفروض أنّها ارتفعت بالقضاء الأوّل و بقاءها تكويناً فى نفوس المترافعين أو فى ألسنتهما ليس موضوعاً شرعياً له. و إلى ما ذكرنا يشير المحقق الرشتى و يقول: إنّ حرمة النقض لا- يحتاج فى إثباتها إلى دليل آخر غير ما دلّ على وجوب الرضا بحكم الحاكم بعد تصوّر حقيقة الحكم فإنّ الحكم المبحوث عنه على ما سبق عبارة عن فصل الخصومة و قطع المنازعة بإلزام أحد المتخاصمين على غير ما يقتضيه تكليفه فإذا تحقق

(۱) الايضاح: ۴/ ۳۲۰.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۳۵

الفصل عند حاكم لم يبق أمر قابل للفصل شرعاً بعدُ سواء رضى الخصمان بتجديد المراجعة أم لا. «۱»

فما يظهر من صاحب الجواهر من تجويز النقض برضى المتخاصمين «۲» ليس فى محلّه لأنّ رضاهما لا يغيّر الحكم الشرعى و لا يوجد موضوعاً لدى القاضى.

۳- إنّ الإمام أعطى لحكم القاضى منزلة جليلة، فجعل حكمه حكم نفسه و ردّه ردّ حكمه «۳». فكل مورد كان النقض ملازماً مع الردّ يكون محرّماً بلا إشكال.

هذه الجهات الثلاثة، توضح وجه حرمة النقض، و هناك جهات أخرى تسوّغ النقض و إليك بيانها:

۴- إنّ العبرة و الاعتبار فى حكم القاضى برصيده الذى يتمتّع به و هو كونه حاملًا لحكمهم عليهم السّلام و هذا هو الذى أعطى له القيمة و الكرامة و لو خلّى عنه، لسقط عن الاعتبار و المقصود من حكمهم هو الأعم من الحكم الواقعى المنكشف بالعلم، أو المنكشف بالأدلّة القطعيّة و إن لم يكن نفس الحكم قطعياً، كظواهر الكتاب و السنّة المعتبرة، و الإجماع المحصّل، و الشهرات المحقّقة التى تجعل المقابل شاذاً ساقطاً حسب ما حقّقناه.

و الحكم القضائى عندنا ليس حكماً واقعياً و لا ظاهرياً و إنّما قسم خاص منه، لكن بما أنّه يستمدّ من هذين القسمين يكون له الاعتبار، فإذا لم يكن مستمدّاً منهما لما كانت له قيمة.

۵- الاجتهاد الصحيح موضوع لنفوذ القضاء فلو حكم بالحق بلا اجتهاد،

---

(۱) المحقق الرشتى: كتاب القضاء: ۱/ ۱۰۷.

(۲) النجفى: الجواهر ۴۰/ ۹۵، و نقله عنه كل من المحقق الرشتى و الآشتيانى فى كتابيهما باسم «كتاب القضاء: ۱۰۸، و ۵۷ معبّرين عنه ببعض مشايخنا و هذا يعرب عن تتلمذهما عليه أولًا ثمّ على الشيخ الأنصارى: قدّس الله أسرارهم.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضى الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۳۶

أو باجتهاد فاسد فهو من مصاديق قوله: «حكم بالحقّ و هو لا يعلم» و لأجل ذلك لا قيمة لقضاء العامى و إن أصاب الحق.

۶- إنّ حكم القاضى و إن كان حجّة على الكل من غير فرق بين المترافعين و غيرهما لكن ليست حكومته مطلقة، غير مشروطة و لا محدّدة فلو كان الحقّ منكشفاً لدى القاضى بالعلم القطعى أو بحجّة قطعيّة على قول، فليست له حكومة عليه إذ لا يصح جعل حكم مخالف فى عرض الواقع، المنكشف.

۷- إذا حكم القاضى بحكم على موضوع ثبت عنده بالبيّنة كالقصاص، و لكن عزل و ترك إجراءه على قاض آخر، فلا يصحّ له الإجراء إلا إذا تحقّق الموضوع عنده و هو كونه قاتلًا أو مديوناً فيطلب ذلك، النظرَ فى القضاء الأوّل. و إلّا فمجرّد حرمة الردّ و الإنكار لا يدلّ على ثبوت الحقّ عند الثانى.

إذا عرفت ما هو المبرر لحرمة النقض و جوازه فإليك بيان الموارد التى يجوز النقض فيها:

أ: تبيّن فساد الاجتهاد

إذا تبيّن أنّ الحاكم الأوّل، لم يقض على اجتهاد صحيح مثلًا أحلف المدّعى مكان المنكر أو قضى بشهادة النساء مكان لزوم شهادة الرجال، أو بشهادة عدلين مع لزوم شهادة الأربعة أو قضى بشهادة عدل و يمين فى غير الأموال و الحقوق مع اختصاص القضاء بهما عليهما ففى تلك الموارد لا شبهة فى جواز النقض بل لزومه فى حقوق الله مطلقاً و حقوق الناس مع المطالبة فإنّ حكمه فى الواقع دائر بين الحقّ و الباطل فعلى الأوّل قضى بالحقّ و هو لا يعلم، و على الثانى قضى بالجور و هو لا يعلم و الكلّ قضاء باطل.

ب إذا خالف الدليل القطعى

إذا كان فى المسألة دليل قطعى يفيد العلم بالحكم الواقعى، كنصِّ الكتاب،

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۳۷

أو السنّة المتواترة، و إجماع الفرقة المحقّة فى الأعصار، فحكمه حكم القسم الأوّل من لزوم النقض مطلقاً فى حقوق الله و حقوق الناس مع المطالبة إذ لا معنى لجعل حكم فى عرض الحكم الواقعى، و بكلمة قصيرة يدخل الحكم حينئذ فى من قضى بالجور و هو لا يعلم.

ج إذا خالف الدليل المعتبر

إذا كان فى المسألة دليل معتبر ثبت اعتباره بالدليل القطعى كخبر الواحد و سائر الأمارات التى قامت الأدلّة القطعية على حجّيتها كالشهرات الفتوائية طوال القرون على ما حقّقنا حالها فى الأصول، و كالعلّة المنصوصة و بالجملة تبيّن تبيّناً قطعياً أنّه استند إلى ما ليس

بحجّة واقعاً، و إن لم ينكشف الواقع مثل انكشافه فى الصورة الثانية فهل يجوز النقض أو لا؟

و الحقّ جوازه و ذلك لأنّ المفروض أنّ الحجّة الفعلية فى حقّه، هو ما غفل عنه، و عدل إلى ما ليس بحجّة و مع ذلك فكيف يكون نافذاً فى حقّ القاضى الثانى؟

و الحاصل أنّ المقياس تبيّن الخطاء فى قضائه (لا تبين الواقع و انكشافه) و هو يلازم عدوله عن الحجّة السابقة إلى الحجّة الفعلية.

د لو كان الدليل المخالف عند القاضى الثانى أرجح عنده مما استند إليه.

مع كون مستند الأوّل أيضاً ممّا يجوز الاعتماد عليه فإنّ ذلك لا ـ ينقض لأنّه لا يعلم كونه خطاء. و على ضوء ذلك ظهر أنّ مورد النقض ينحصر فى أمرين: تبيّن فساد الاجتهاد، تبيّن الخطاء فى مستند القاضى الأوّل تبيّناً قطعياً سواء كان الواقع متبيّناً أيضاً أو لا و أمّا إذا كان الخطاء غير متبيّن غاية الأمر كان لأحد الدليلين ترجيح فى نظر الثانى على الأوّل فلا.

نعم المتأخّرون بين موافق، و متردّد، و جازم بالخلاف.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۳۸

أمّا الأوّل فقد أفاد المحقّق الرشتى فى هذا المجال:

يجوز النقض فى مواضع ثلاثة. و هى المواضع التى يقع فيها الحكم لاغياً:

أحدها: ما لو علم الحاكم أو غيره مخالفة حكم الحاكم الأوّل للحكم الإلهى الواقعى علماً قطعيّاً فإنّه يجوز النقض حتّى تتجدّد المرافعة لأنّه الحكم على حدّ سائر الأمارات فلا يكون حجّة إلّا مع الجهل بالواقع و امّا مع العلم به فلا حكومة له.

ثانيها: ما لو علم مخالفة الحكم لدليل معتبر عند الكل كالخبر الصحيح المعمول به، الثابت فى الكتب المعتبرة مع عدم المعارض فإنّ النقض جائز لأنّ العلم بالواقع الأوّلى و الثانوىّ مع وحدته بين الكلّ سيّان فى عدم جواز المخالفة، بحيث لو فرضت مراعاة المجتهد لشرائط الاجتهاد لم يفت بمضمونه.

و أمّا مخالفة الحكم الثانوى مطلقاً فليس محلّ النقض لأنّ الأحكام الثانويّة متعدّدة حسب تعدّد الأمراء فليس لمجتهد إبطال ما زعم الآخر حكماً إلهياً و إلّا لم يبق للحكم مورد لا ينتقض فيه إلّا نادراً.

و الحاصل: أنّ المخالفة فى الرأى لا ـ توجب جواز النقض مطلقاً، بل يتوقّف على كونها بحيث لا ـ تخفى على أحد مراع لشروط الاجتهاد.

ثالثها: ما لو ظهر خطأ الحاكم فى الاجتهاد قصوراً أو تقصيراً (فساد الاجتهاد) إلخ. «۱»

و القسمان الأوّلان داخلان فى تبيّن الخطأ فى مستند القاضى سواء كان الواقع متبيّناً كما فى القسم الأوّل أو لا كما فى الثانى.

أمّا الثانى: فقد أفاد المحقّق الآشتيانى فيه و قال: المخالفة للدليل المعتبر عند الكل إن رجع إلى الفساد فى الاجتهاد فهو داخل فى القسم السابق و إلّا ففيه

---

(۱) المحقق الرشتى: كتاب القضاء ۱/ ۱۰۹۱۰۸

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۳۹

إشكال من حيث عموم الأدلّة الدالّة على حرمة النقض و شمولها بالنسبة إلى المقام، و من حيث العلم بكون التكليف الظاهرى لكلّ أحد، هو مؤدّى الدليل الفلانى حتّى لهذا الحاكم فيرجع إلى العلم بمخالفة حكمه للتكليف الظاهرى حتّى فى حقّ الحاكم فلا أثر فى حكمه كما لو خالف الدليل العلمى. «۱»

و أمّا الثالث فقد أفاد السيّد الطباطبائى فخصّ جواز النقض بموردين:

۱- علم علماً قطعیاً بمخالفته للواقع بأن کان مخالفاً للإجماع المحقّق أو الخبر المتواتر.

۲- إذا تبیّن تقصیره فی الاجتهاد ثمّ قال ففی غیر هاتین الصورتین لا یجوز نقضه و إن کان مخالفاً لرأیه بل و إن کان مخالفاً لدلیل قطعی نظریّ کإجماع استنباطی أو خبر محفوف بقرائن و أمارات قد توجب القطع، مع احتمال عدم حصوله للحاکم الأوّل فإن مقتضی إطلاق عدم جواز ردّ حکم الحاکم، عدم جواز نقضه حینئذ إلّا إذا حصل القطع بکونه علی خلاف الواقع فلا یکفی فی جواز النقض کون الدلیل علمیّاً لبعض دون بعض. «۲»

یلاحظ علیه: أنّ التمسّک بالاطلاق فرع إحراز الموضوع و هو أنّه حکم بحکمهم، و المفروض أنّه لم یحرز إمّا وجداناً کما فیما إذا قامت الحجّة القطعیّة أو تعبّداً کما فی مورد الأمارات التی دلّت الحجّة القطعیة علی صحّة الاحتجاج بها. و معه کیف یصح التمسّک بالإطلاق.

و بذلک یظهر النظر فیما أفاده صاحب الجواهر حیث قال: أمّا القطعی النظری کإجماع استنباطی و خبر محفوف بقرائن و تکثّر أمارات ممّا یمکن وجود عکسها عند الأوّل کما تراه بالعیان بین العلماء خصوصاً فی دعوی الإجماع فلا یبعد عدم جواز النقض به فی غیر ما فرضناه ضرورة اندراج حکم الأوّل فی الأدلّة

---

(۱) الآشتیانی القضاء ۵۶.

(۲) السیّد الطباطبائی ملحقات العروة ۲/ ۲۶ المسألة ۳۲ و لاحظ أیضاً المسألة ۲۸ ط طهران.

المقتضیة لنصبه فإنّ المدار فی صحّته علی معرفة حکمهم بالاجتهاد الصحیح الذی هو أعمّ من القطع النظری و الظن «۱».

یلاحظ علیه: أنّه لا ملازمة بین جواز النصب، و نفوذه علی المجتهد الآخر، فلعلّ عرفانه بالاجتهاد الصحیح فی أغلب الموارد کاف فی جوازه و لا یکون دلیلًا علی کونه حجّة علی المجتهد الذی کشف أنّ الحکم الفعلی هو خلاف ما حکم. کشفاً قطعیاً، بحیث لو کان الأوّل ملتفتاً لقضی به.

و لعلّ ما أفاده فی ذیل کلامه موافق لما ذکرناه حیث قال: و ینقض إذا خالف دلیلًا علمیاً لا مجال للاجتهاد فیه أو دلیلًا اجتهادیاً لا مجال للاجتهاد بخلافه إلّا غفلة و نحوها و لا ینقض فی غیر ذلک. «۲»

ما هو المراد من حرمة النقض؟

إذا اختلف المتبایعان فی نجاسة المبیع و طهارته کالعصیر الذاهب ثلثاه بالشمس، و رأی المشتری نجاسته تقلیداً أو اجتهاداً علی خلاف البائع، و حکم الحاکم بطهارته، فهل یترتّب جمیع آثار الطهارة علی نوع العصیر، أو علی شخصه المتنازع فیه، أو خصوص الأثر الذی بسببه وقعت الخصومة و هو صحّة البیع و تملّک البائع الثمن، و لزوم دفعه إلیه من غیر أن یصحّ للمشتری أن یرتّب سائر آثار الطهارة کإباحة الأکل و الصلاة إذا لم یساعد تکلیفه؟

فعلی الوجه الأوّل یجوز للمشتری القائل بالنجاسة، أن یعامل مع مطلق العصیر، معاملة الطهارة و إن کان خارجاً عن محلّ المرافعة، و علی الثانی یجوز له أن یرتّب علی خصوص المتنازع فیه جمیع آثارها من الأکل و الصلاة، و علی الثالث یجوز أن یرتّب الأثر الذی وقع مورد النزاع و هو لزوم دفع الثمن و کون

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۹۷۹۶.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۹۷۹۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۴۱

البـائع مالکـاً. و الظاهر هو الثالث لأنّ المتبادر من قوله «فارضوا به حکماً» «۱» هو الرضا بحکمه بمقـدار ترتفع به الخصومـة و هو الذی یقبـل الإلـزام، لا ـ سـائر الآثـار. من غیر فرق بین أن یکون متعلّق القضـاء الطهارة أو أداء الثمن، لأنّ الحکم بالطهارة لیس إلّا فتوى و لا یجب على المحکوم علیه الأخـذ بفتیاه خصوصاً إذا کان مجتهـداً أو کان مقلّـداً أو کان القاضـی غیر أعلم، بخلاف حکمه بأداء الثمن فإنّه حکم قضائی محترم.

نعم یظهر من صـاحب الجواهر، أنّ المترتّب، هو الطهارة حیث قال: کما أنّه لا فرق فی ذلک بین العقود و الإیقاعات و الحلّ و الحرمة و الأحکام الوضـعیّة حتّى الطهارة و النجاسة فلو ترافع شخصان على بیع شیء من المائعات و قد لاقى عرق الجنب من زنا مثلًا، عند من یرى طهارته فحکم بـذلک کان طاهراً مملوکاً للمحکوم علیه و إن کان مجتهـداً یرى نجاسـته أو مقلِّد مجتهـد کـذلک لإطلاق ما دلّ على وجوب قبول حکمه، و یخرج حینئـذ هذا الجزئی من کلّی الفتوى بأنّ المائع الملاقی عرق الجنب نجس فی حقّ ذلک المجتهد و مقلّـدیه و کـذا البیوع و الأنکحـة و الطلاق و الوقوف و غیرها، و هـذا معنى وجوب تنفیذ الحاکم الثانی ما حکم به الأوّل و إن خالف رأیه. «۲»

و یظهر من السیّد الطباطبائی اختیاره أیضاً قال: إذا کان مذهبه اجتهاداً أو تقلیداً نجاسة الغسالة أو عرق الجنب من الحرام و اشترى مائعاً فتبیّن أنّه کـان ملاقیاً للغسالـة أو عرق الجنب من الحرام إلى أن قال ففی خصوص هـذا المورد یعمل بمقتضـى الطهارة و یبنی علیها و ینقض الفتوى بذلک الحکم «۳».

---

(۱) الوسائل ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی، الحدیث ۱.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۹۸.

(۳) السیّد الطباطبائی: ملحقات العروة: ۲/ ۲۷، المسألة ۳۸ و المورد من مصادیق نقض الفتوى بالحکم.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۴۲

یلاحـظ على مـا ذکراه أنّ المتبـادر من أدلّة نفوذ القضـاء، هو نفوذه، فی مورد الخصومـة، و هو لزوم أداء الثمن، و عـدمه لا صـیرورة النجس فی نظر المشتری طاهراً بحیث یجوز له شربه و بیعه.

و العجب أنّ السیّد الطباطبائی أفتى فی کتاب التقلید على خلاف ما ذکره هنا حیث قال: إذا کان البائع مقلِّداً لمن یقول بصحّة المعاطاة مثلًا أو العقـد الفارسـی و المشتری مقلِّداً لمن یقول بالبطلان، لا یصحّ البیع بالنسبة إلى البائع أیضاً لأنّه متقوّم بطرفین فاللازم أن یکون صحیحاً من الطرفین، و کذا فی کلّ عقد کان مذهب أحد الطرفین بطلانه و مذهب الآخر صحّته «۱».

فإذا کان هـذا حال البائع حسب الفتوى فکیف یمکن أن یغیّره حکم القاضـی إلى الصـحّة لأنّ المفروض أنّ القاضـی یُفتی ثمّ یقضـی حسب الفتوى نعم ذهب المشایخ إلى صـحّته بالنسبـة إلى البائع مع تمشـی قصد المعاملة ممّن یرى بطلانها کما علیه السیّد الأستاذ فی تعلیقته على العروة و غیره من الأعلام.

و الحقّ أنّ النقض نسبیّ لا مطلق و بذلک یظهر اندفاع ما ربّما یقال: «لا دلیل على نفوذ حکمه على مجتهد مخالف لأنّه لا یلتزم بأنّ ما حکم به حکم الإمام علیه السلام بل یرى أنّه لیس بحکمه فلا تـدلّ الروایات على نفوذ حکم ذلک الحاکم على مخالفیه فی الرأی إذ یجب عنـد ترتّب الأثر إحراز عنـاوین الموضوعـات و منهـا أنّه حکم الإمام فمهما لا یعلم أنّ ما حکم به هو حکم الإمام فلا دلیل على نفوذ حکمه علیه».

یلاحظ علیه: أنّه إن أراد من قوله: «إنّ مـا حکم به الأوّل لیس من أحکـامهم» الموارد الثلاثـة التی یجوز نقضـها، فلا ـ کلام فی عـدم

النفوذ، إنّما الكلام فى غيرها كنجاسة الغسالة، أو عرق الجنب عن الحرام، الذى للاجتهاد معه محلّ فلو لم يكن رأى الحاكم نافذاً فى المخالف معه اجتهاداً أو تقليداً، يلزم بقاء

(۱) السيّد الطباطبائى: العروة الوثقى باب التقليد، المسألة ۵۵.

الخصومة لأنّ كلّما يريد العمل برأيه أو برأى مقلّده فتبقى غير منحلّة و بالجملة ترتّب جميع آثار الطهارة، أو عدم نفوذه فى حقّ المخالف، بين الإفراط و التفريط و الأوسط ما اخترناه.

هذا كلّه حول الشبهة الحكمية و أمّا الشبهة الموضوعية فإن لم يعلم مخالفة حكمه فيها للواقع فلا شكّ فى حرمة النقض و توهّم اختصاص المقبولة بالأُولى مردود، بما فى صدره من اختلاف بعض أصحابنا فى دين أو ميراث فإنّ الاختلاف فى الأوّل ينشأ من الشبهة الموضوعية. و كون حكم القاضى حكماً مبرماً غير قابل للنقض أثر طبيعة حكمه فلا معنى للفرق بين كون الشبهة حكمية أو موضوعية و على كلّ تقدير فإن كان هناك تقصير أو قصور فى الاجتهاد يجب النقض، إذا كان من حقوق الله، و مع المطالبة إذا كان من حقوق الناس، و قال المحقّق الرشتى: ينقض باطناً دون جهار بمعنى تجديد المرافعة من رأس لخوف الفتنة أو الإهانة على الحاكم الأوّل «۱». و هو كما ترى و مراده من النقض باطناً جواز التقاص خفاءً فى غير اليمين. و أمّا إذا كان القضاء على وفق الموازين لكن كذّب المدّعى نفسه أو تبيّن أنّ السند مزوّر أو أنّ الشاهدين فاسقان و بعبارة أخرى تبيّن الخطأ و علم كون الحكم على خلاف الواقع الفعلى، نقَضَه، دون ما إذا ظنّ أو احتمل.

۲- نقض الحكم بالفتوى

قد عرفت عدم جواز نقض الحكم بالحكم إلّا فى موارد خاصّة، فأولى بعدم النقض، نقضه بالفتوى إلّا فى موارد ثلاثة متقدّمة، فبما أنّ الحاكم يفتى أوّلًا ثمّ يقضى ربّما يكون نقض الحكم بالحكم مسبوقاً بالنقض بالفتوى و على أىّ تقدير لا يجوز النقض بها فى غير الموارد الثلاثة. مثلًا لو بدا له فى الحكم بعد حكمه فى جزئى خاص، كما فى تزويج الباكرة بدون إذن أبيها، فحكم بالصحّة لعدم اشتراط

(۱) المحقق الرشتى: كتاب القضاء: ۱/ ۱۱۰.

الإذن عنده فى ذلك الزمان ثمّ تغيّر رأيه، فالتزويج السابق، يكون محكوماً بالصحّة لظهور أدلّته فى عدم جواز نقضه مطلقاً إلّا فى موارد ثلاثة.

۳- نقض الفتوى بالحكم

يجوز نقض الفتوى بالحكم كما عرفته فيما إذا كان مذهب المشترى اجتهاداً أو تقليداً نجاسة الغسالة أو نجاسة عرق الجنب من الحرام إلى آخر ما عرفت.

۴- نقض الفتوى بالفتوى

إذا مات مقلّده أو تغيّر رأيه فإنّه يجب عليه العمل بالفتوى الثانية فيما يأتى دون ما مضى و أمّا الأعمال السابقة فقد اخترنا الإجزاء مطلقاً سواء كان مستند الفتوى، الأمارات أو الأُصول مثلًا إذا تزوّج بكراً، بإذنها ثمّ تبدّل رأيه إلى كون أمرها بيد أبيها، لم يضرّ بما سبق نعم يختصّ الإجزاء بما سبق دون ما يأتى و بعبارة أخرى، يحكم على الأعمال السابقة بالصحّة و إن كان له استمرار، و أمّا الموضوع الجديد فيجب العمل فيه على وفق الرأى الحديث فلو تزوّج بنتاً بإذنها، بفتوى كفاية إذنها دون أبيها، فلا يصحّ التزويج من بعد إلّا من بعد إذن أبيها، و لو توضّأ بالماء القليل الملاقى للنجس بفتوى عدم انفعاله فالصلوات الماضية صحيحة لكن طهارة البدن بالنسبة إلى الأعمال الآتية موضوع جديد يجب إحرازها حسب الفتوى الجديدة و بالجملة إنّ دليل الإجزاء فى الأمارات، الذى هو وجود الملازمة العرفية بين تجويز العمل، و كفايته مطلقاً، لا يؤثّر إلّا فى الأعمال السابقة دون ما يأتى، و تزويج الباكرة بلا إذن أبيها أو تزويج من ارتضعت منه عشرة رضعات عمل واحد قد تمّ و معنى تماميتها كونه زوجها إلى أن تموت أو تطلّق.

قد عرفت أنّ المحقّق ذكر فى المسألة الثالثة فروعاً ثلاثة و قد فرغنا عن دراسة الفرعين الأوّلين و إليك

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۴۵

الفرع الثالث: لو حكم ثمّ تبيّن له الخطأ

لو ثبت عند القاضى ما يبطل حكمه الأوّل أبطله سواء كان من حقوق الله أو من حقوق الناس و فى بعض الكلمات الماضية «۱» إلماع إلى هذا الفرع، أضف إليه ما ننقله هنا:

۱- قال ابن حمزة: فإن حكم بخلاف الحقّ سهواً أو خطأً ثمّ بان له، رجع و نقض ما حكم به «۲».

۲- و قال ابن سعيد: إذا قضى بقضاء ثمّ بان له فساده نقضه. «۳»

أقول: النقض لا يختصّ بصورة العلم بالخطاء بل يكفى الشكّ و التردّد فى صحّة الحكم السابق فإذا حكم إنشاء لا استيفاء ثمّ عرض له الشكّ أو تبيّن الخطاء فليس له أن يرتّب الأثر على الحكم السابق لأنّ ما هو شرط ابتداءً شرط استمراراً أيضاً و لأجل ذلك لا يجوز الإفتاء بما شكّ فى صحّته فالعلم و اليقين بصحّة الحكم من شرائط القضاء ابتداءً و استمراراً.

أضف إلى ذلك أنّه إذا طرأ عليه الشكّ ربّما يكون المورد من مصاديق درء الحدود بالشبهات.

و ليس المقام من موارد استصحاب الحكم السابق، لأنّه فيما إذا كان اليقين بالحدوث محفوظاً فى ظرفه و تعلّق الشك بالبقاء و لكنّ الشك فى المقام متعلّق بالحدوث فهو من مصاديق قاعدة اليقين و الشكّ السارى التى لا تشملها أدلّة الاستصحاب كما حرّر فى محلّه.

كما لا تجرى فى المقام أصالة الصحّة إذا شكّ فى الصحّة لا إذا تبيّن الخطاء

---

(۱) لاحظ كلام الشيخ فى المبسوط، و ابن البرّاج فى المهذّب، و العلّامة فى الإرشاد و قد مضت نصوصهم.

(۲) ابن حمزة: الوسيلة: ۳۰۹.

(۳) ابن سعيد: الجامع للشرائع: ۵۲۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۴۶

و ذلك لأنّها إنّما تجرى إذا لم تكن صورة العمل محفوظة و إلّا فلو كانت محفوظة و كانت الحالة السابقة و اللاحقة بالنسبة إلى اليقين و الشكّ سواسيه فلا تجرى، كما إذا اغتسل فى الحمام و لم يحرّك الخاتم الذى فى يده، ثمّ شكّ بعد الفراغ عن العمل فى جريان الماء تحته قهراً أو لا، فلا تجرى أصالة الصحّة التى يعبّر عنها بقاعدة الفراغ، إذ ليس هو حين العمل بأذكر من بعده و لذا لو التفت حين العمل، لشكّ مثل الشكّ بعد العمل. و المقام أيضاً كذلك لأنّه لو كان تبيّن له حين القضاء ما تبيّن له بعده، لشكّ فى قضائه.

تمّ الکلام فی المسألة الثالثة بفروعها الثلاثة.

المسألة الرابعة فیها فروع ثلاثة

قد جاء فی هذه المسألة أیضاً فروع ثلاثة:

اشارة

۱- لیس علی الحاکم تتبع حکم من قبله
۲- لو زعم المحکوم علیه أنّ الحاکم الأوّل حکم علیه بجور لزمه النظر.
۳- لو ثبت عنده ما یبطل حکم الأوّل، أبطله، سواء کان من حقوق الله أو من حقوق الناس.

أمّا الفرع الأوّل، فلیس عدم وجوب التتبّع لأجل أصالة الصحّة فی القضاء السابق

و لا ـ لکونه تفتیشاً فی عیوب النـاس بـل لأجل عـدم الموضوع و هو التخاصم، إذا کان الغرض هو التصویب أو النقض و أمّا إذا کانت الغایة دراسة وضع القضاء فیما مضی، فهو أمر مباح لا دلیل علی وجوبه و لا علی حرمته.

و أمّا الثانی: فلأنّ هذا الادّعاء دعوی جدیدة أقامها المحکوم علیه علی القاضی

، فیشمله إطلاق ما دلّ علی قبول کلّ دعوی من مدّعیها.
نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۴۷
ثمّ إنّه لو ادّعی الجور فی الأحکـام، فهو لیس من موارد البیّنـة حتّی یقال البیّنـة للمـدّعی، لأنّ مورد البیّنـة هو الشـبهات الموضوعیـة، و المفروض أنّ ادّعاء الجور فیها شبهة حکمیة، فیجب علی القاضی النظر فی الحکم فإن کان حقّاً یقبله و إن کان باطلًا یردّه نعم لو کان مضـمون الدعوی غیر الجور فی الأحکام، بل کان عدم اجتهاد القاضـی، أو فسـقه أو فسق الشـهود فعلیه حینئذ البیّنة و ما ربّما یقال من أنّ طلب الاستئناف ردّ لحکمه، غیر مسـموع إذ فرق بین إنکار الحکم مع الاعتراف بکونه علی موازین القضاء المقرّرة و بین ردّه لعدم کونه علی وفقهـا، بحیث لو کـان موافقـاً لقبله و مثل ذلک لیس ردّاً و لا تشـمله المقبولـة، و لأجل ذلک یصـحّ الاعتراض سواء أ کان القاضی معزولًا أم لا.
و بـذلک یظهر أنّ ما اشـتهر أنّه لا استئناف فی القضاء الإسـلامی، فلیس علی إطلاقه لأنّه إن أُریـد به، وجود دائرة للقضاء الابتدائی، و دائرة للاستئناف، و دائرة ثالثة للقضاء النهائی فالنفی حقّ، لأنّ الفقیه الجامع للشرائط لا تتحدّد مسئولیته بمرحلة خاصّة.
و إن أُرید أنّه إذا تمّ القضاء یصحّ للمحکوم، أن یعترض علی القضاء البدئی من دون أن یوجّه شـکواه إلی شـیء من العناصـر المؤثرة فی القضاء فالنفی أیضاً حقّ.
و إن أُرید أنّ للمحکوم بعد صدور الحکم أن یعترض علی أحد العناصـر المؤثّرة فیه و أنّه لم یکن جامعاً للشرائط کعدم أهلیة القاضی للقضاء، أو فسق الشاهدین أو الجور فی الحکم أو غیر ذلک، فالنفی غیر صحیح لما عرفت من أنّ للمحکوم أن یعترض علی القضاء و برفع شکواه إلی قاض آخر.
و سیوافیک الکلام فی هذا الموضوع فی المستقبل.

و أمّا الفرع الثالث: فهو مبنی علی کون الحقوقین من باب واحد

سواء کان هناک مطالب أو لا، و أمّا علی ما هو المعروف من الفرق بینهما و أنّ الأوّل لیس
نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۴۸
رهن مطالب بخلاف الثانی فیشکل النقض مع عدم المطالب.
و بما أنّ نظام القضاء قد وقع فی قفص الاتّهام و اتّهم، بعدم الاستئناف الذی یعد الیوم من کمال النظام القضائی فلنردّ عنه سهام التهمة، بالبحث الموجز فیه.

الاستئناف فی القضاء

اشارة

قد عرفت موقف القضاء الإسلامی فی تجدید المرافعة و استئناف المحاکمة علی وجه موجز و قد أجمل الفقهاء الکلام فیه و بذلک صار غرضاً لأعداء الإسلام فناقشوا نظام القضاء بأنّه فاقد لهذا الأصل الحیویّ فی مهمّة القضاء، فإنّ القضایا المطروحة فی المحاکم بین واضح بسیط لا یحتاج إلی قضاء مجدّد، و غامض معقَّد، تتوقّف إصابة الواقع إلی محاکمة من هو أبصر منه و أکثر تجربة و أعرف بالأصول و القوانین و علی زعمهم ضرب الإسلام الجمیع بسهم واحد و تعامل معهم معاملة واحدة.
و قد أفرطت المحاکم الدولیة فی العالم، حیث جعلوا لغالب القضایا مراحل متعدّدة و بذلک فوّتوا الوقت علی أکثر المراجعین، حیث لا یتمّ القضاء النهائی إلّا بعد مرور سنین. فهل فرّط من نفی الاستئناف من رأس، و جعل لکلّ مرافعة، مرحلة واحدة؟!

و لنذکر أُموراً.

۱- اختلاف کلمات الفقهاء

إنّ کلمات الفقهاء فی ذلک مختلفة فالمحقّق النراقی، علی النفی المطلق و صاحب الجواهر و السیّد الطباطبائی علی التفصیل و إلیک کلماتهم:
قال النراقی: لو ترافعا عند مجتهد و تمّ قضاؤه لا یجوز لهما الترافع عنده أو عند غیره ثانیاً فی هذه الواقعة مخصوصاً، و لو ترافعا لا یجوز للحاکم سماع الذی
نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۴۹
فیه «۱».
و قال صاحب الجواهر: بل ربّما یتوهّم عدم محلّ للدعوی و إن تراضی الخصمان بتجدیدها عند الحاکم الثانی، و إن کان الأقوی خلافه، بل الأقوی نفوذ حکمه و إن اقتضی نقض الحکم الأوّل. «۲»
و قال السیّد الطباطبائی: لیس للمحکوم علیه بعد تمام المرافعة و الحکم، مطالبة تجدیدها عند حاکم آخر أو عند الأوّل و هل یجوز ذلک مع رضی الطرفین أو لا قولان: أقواهما الأوّل کما اختاره فی الجواهر إذ الظاهر عدم صدق ردّ الحکم خصوصاً إذا کان لاحتمال خطأ الحاکم لا سیّما إذا کان الحاکم أیضاً أراد تجدید النظر فی مقدّمات الحکم. «۳»

۲– مورد البحث غیر المواضع الثلاثة

إنّ محل البحث فی غیر الموارد التی یجوز فیه تجدید النظر و النقص عند تبیّن الخطأ فی الحکم، بقسمیه أو فساد اجتهاده أو عدم کون القاضی أهلًا و نحو ذلک، و إلّا فلا خلاف فی جواز النقض.

۳– الموانع الماثلة أمام تجدید المرافعة

إنّ الموانع الموجودة حول تجویز الاستئناف عبارة عن الأمور التالیة:

أکون الاستئناف و تجدید المرافعة ینافی التسلیم و القبول الذی أُمرنا به فی المقبولة.

---

(۱) النراقی: المستند: ۲/ ۵۰۴، المسألة التاسعة من البحث الثالث فی بعض الأحکام المتعلّقة بالقاضی.

(۲) النجفی: الجواهر: ۴۰/ ۹۴.

(۳) السیّد الطباطبائی: ملحقات العروة: ۲/ ۲۶ المسألة ۳۱.

ب ما أطبقوا علیه تبعاً للنصوص من أنّ حلف المنکر یذهب بحق المدّعی و إن کان محقّاً فلا تجوز له المقاصّة و لا التصرّفات الآخر. روی الصدوق بإسناده عن عبد الله بن أبی یعفور أنّ رسول الله قال: «من حلف منکم علی حقّ فصدِّقوه، و من سألکم بالله فأعطوه، ذهبت الیمین بدعوی المدّعی و لا دعوی له» «۱».

قال المحقّق: إنّ المنکر إمّا أن یحلف أو یردّ أو ینکل فإذا حلف سقطت الدعوی و لو ظفر المدّعی بعد ذلک بمال لم تحلّ له المقاصّة و لو عاود المطالبة أثم و لم تسمع دعواه.

لو أقام بیّنة بما حلف علیه المنکر، لم تسمع و أضاف فی الجواهر قوله: «کما هو المشهور بل عن خلاف الشیخ و الغنیة الإجماع علیه، و لا حقّ له فلا تکون البیّنة حجّة» «۲».

ج ما ذکرناه من أنّه بعد القضاء لا موضوع (النزاع) علی صعید التشریع، و معه کیف تعمّه أدلّة القضاء العامّة و وجود النزاع فی الأذهان لیس موضوعاً لها بل النزاع الذی لم یحکم علیه، و لم یقطع و لم یفصَّل و بعد الحکم و القطع و الفصل، لا- موضوع علی صفحة التشریع حتّی تشمله الأدلّة.

هذه هی الجهات الماثلة أمام تجویز الاستئناف فلا بدّ من دراستها و الوقوف علی مدی تأثیرها فی منع تجدید النظر.

أ– تجدید النظر غیر الاستنکار

أمّا المانع الأوّل، فالظاهر أنّ المراد من الردّ، هو الاستنکار و الإعراض عن

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲ و لاحظ الباب ۱۰.

(۲) النجفی: الجواهر ۴۰/ ۱۷۳۱۷۱.

حکم القاضی متوجّهاً إلی التحاکم لدی الطواغیت و النزول فی حکمهم و ذلک بشهادة أنّه جاء فی صدر الحدیث: «من تحاکم إلیهم

فی حقّ أو باطل فإنّما تحاکم إلی الطاغوت و ما یحکم له، فإنّما یأخذ سحتاً و إن کان حقّاً ثابتاً، إلی أن قال: قلت: فکیف یصنعان؟ قال: «ینظران من کان منکم من روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف أحکامنا فلیرضوا به حکما فإنّی قد جعلته علیکم حاکماً» فعند ذاک قال: «فإذا حکم بحکمنا فلم یقبل منه فإنّما استخف بحکم الله و علینا ردّ». «۱»

فکم هو الفرق بین طلب تجدید النظر عند نفس القاضی أو قاض آخر لیحکم حسب الموازین الواردهٔ فی المقبولهٔ و غیرها، و بین رفض حکم القاضی مستنکراً علیه، راجعاً إلی محاکم طاغوتیهٔ؟ و المحرّم هو الثانی دون الأوّل و تجدید النظر فی الأوّل لأجل طلب الواقع أکثر ممّا کان، و فی الثانی: لأجل القضاء لصالح أحد الطرفین أو لاستنکار النظام السائد، و الشاهد علیه وراء ما ذکرنا تمثیل المقام بأنّه علی حدّ الشرک بالله و هو یناسب الرفض، لا طلب تجدید النظر لغایهٔ إصابهٔ الواقع أکثر من الوضع الموجود.

ب- ذهاب الحقّ بالیمین حکم ثانوی

اشارهٔ

و أمّا الثانی: أی ذهاب الحقّ بالیمین فهل المراد أنّ الیمین الکاذبهٔ یذهب بالحقّ واقعاً و حقیقهٔ و یصبح مال المدّعی، ملکاً للمنکر حقیقهٔ لا سبیل إلی هذا أبداً و لا یتفوّه بذلک أحد من الفقهاء کیف و الرسول الأکرم صلّی الله علیه و آله و سلّم یقول: «إنّما أقضی بینکم بالبیّنات و الأیمان، و بعضکم ألحن بحجّته من البعض، فأیّما رجل قطعت له من مال أخیه شیئاً فإنّما قطعت له به قطعهٔ من النار» «۲».

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی الحدیث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۲۵۲

أو المراد الذهاب حسب الحکم القضائی الذی هو أشبه بالحکم حسب العنوان الثانوی فلیس للمدّعی أخذ المال الذی حلف علیه المنکر کاذباً و لا المقاصّهٔ عن دینه و لا التصرّفات الآخر، کل ذلک احتراماً للحلف و تکریماً للحکم، و إن کان خاطئاً أو کاذباً فی الواقع، فیکون المقصود منه نفوذ حکمه و لزوم العمل به و لیس للطرفین و لا لطرف واحد، الاعتراض علیه. و یکون مفاده متّحداً مع مفاد المقبولهٔ، فبما أنّ الذهاب لم یکن واقعیاً بل ثانویاً، یدور نفوذ القضاء مدار وجود الموضوع فإذا نقض الحکم، و ارتفع، فیتبعه ما ترتّب علیه.

محاولات للجمع بین ذهاب الحق و تجدید النظر

۱- لو افترضنا أنّ المتخاصمین اتّفقوا عند الرجوع إلی القاضی أن یکون لهما، أو لکلّ واحد منهما تجدید النظر بعد ذلک، فهل الروایات تدفع ذلک الاشتراط أو هی ساکتهٔ منصرفهٔ عن هذه الصورهٔ أو افترضنا أنّه لم یکن منهما اتّفاق علی هذا و لکن دائرهٔ القضاء قسّمت القضایا المطروحهٔ علی قسمین، قسم یتمتّع من تجدید النظر إذا رضی المتخاصمان، و قسم لیس له هذا الشأن، و نفترض أنّ المتخاصمین خاضا الترافع علی ذلک الأصل، فهل یکون هذا النوع من الاشتراط أو الأصل المصوَّب، مخالفین للمقبولهٔ، و بالتالی یکون مخالفاً للسنّهٔ أو لا؟ الظاهر لا، لانصرافها عن هذه الصورهٔ أی اتّفاق المتخاصمین علی التجدید بعد القضاء. نعم لو کان لروایهٔ

ذهاب الـدعوى باليمين إطلاق يعمّ حالـة الاشتراط، أو الخوض فى القضاء بانياً على الأصل المصوّب، يكون الاشتراط، أو البناء مخالفاً للسنّة و الشرط المخالف لها لا يكون نافذاً أو يختصّ الرجوع بما إذا كان الفصل بغير اليمين.

٢- إذا كان المراد من الاستئناف هو تجديـد المرافعـة أى دعوة المـدّعى لإقامة البيّنة، و المنكر للتحليف ثانياً كان لما ذكر وجه، و أمّا إذا كان المراد، تجديد النظر فى الأسس التى قام الحكم عليها و صدر القاضى عنها فلو كان موافقاً للحق لزم

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج١، ص: ٢٥٣

و إلّا أبطـل، فعندئـذ يـدخل الموضوع فيمـا ذكره المحقّق فى المقـام حيث قـال: «ليس على الحاكم تتبع حكم من قبله و لكن لو زعم المحكوم عليه أنّ الأوّل حكم عليه بالجور لزم النظر ....

٣- إذا تمّت عمليـة المحاكمـة لـدى القاضـى و بـان الحقّ لـديه و اتّضـح الباطـل و لكن توقف عن إصـدار الحكم و إنشـائه حتّى تتمّ المحاكمـة الثانيـة و إن استلزمت إقامـة البيّنة من جديد، و التحليف ثانياً فعند ذلك إذا كانت النتيجة واحدة أنشأ الحكم و إلّا أمسـك فيصحّ الاستئناف بناء على أنّ ذهاب الحقّ باليمين ليس أثر نفسها بل أثر الحكم الذى افترضنا عدم صدوره.

ج- النزاع غير مرفوع لدى الاشتراط

و أمّيا الثـالث و هو عـدم الموضوع للقضـاء بعـد صـدور الحكم، فهو غير مرفوع إذا كان الترافع على وجه مشـروط أو بناء على الأصـل المصوّب لدى دائرة القضاء فإنشاء الحكم على هذا الأصل لا يقطع النزاع حتّى على صعيد التشريع و لهما، أن يطلبا بجديد النظر ثانياً. على أنّ الإشكال يتمّ على الوجه الثانى من الوجوه الثلاثة و أمّا على الوجه الثالث، فالحقّ و إن تبيّن لدى القاضى الأوّل، و لكن الحكم الفاصل بعد لم يصدر و معه فالنزاع بعد باق، حتّى يتمّ القضاء النهائى. و الله العالم.

المسألة الخامسة: فى الشكوى على قضاء القاضى

اشارة

الشكوى على قضاء القاضى إذا كانت جامعة للشرائط دعوى مسموعة و

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج١، ص: ٢٥۴

مـا ربّمـا يتوّهم من أنّ إقامـة الـدعوى على الفقيه المـأذون إهانـة لمقـام الإمامـة غير تام لأنّه لم ينصب رجلًا معصوماً للقضاء حتى تُعدَّ الشـكوى إهانـة عليه و على ضوء هـذا فلو ادّعى أحـد أن المعزول بل و غير المعزول قضـى عليه بشاهـدين فاسـقين، فهو موضوع قابل للسماع و تحقيق الحقّ فى المسألة يتوقّف على الكلام فى موضعين:

الأوّل: فى وجوب إحضاره مطلقاً حرّر المدّعى الدعوى أم لم يحرّر، أقام البيّنة أو لا.

الثـانى: إذا أحضـر فـإن اعترف بمـا ادّعى عليه فهو و إن قـال: لم أحكم إلّا بشـهادة عـدلين فهل يُكلَّف بالبيّنـة أو باليمين أو يقبل قوله مطلقاً؟ و إليك الكلام فى الموردين:

أمّا الأول: فإن أقام المـدّعى بيّنـة على مـدّعاه فلا شكّ فى وجوب الإحضار لكونها دعوى مسـموعة تشـملها إطلاقات أدلّة القضاء فى الكتاب و السنّة، و إنّما الكلام إذا كانت الدعوى مجرّدة عن البيّنة فهل يجوز أو يجب الإحضار أو لا؟ وجوه:

١- السـماع لاحتمـال الإـقرار أو تحليفه و هـذا كاف فى لزومه و هو خيرة المحقّق فى الشـرائع «١» و العلامـة فى الإرشاد «٢» و الشهيد الثانى فى المسالك «٣».

٢- عدم السـماع إمّا بنحو عدم الوجوب أو عدم الجواز. قال المحقّق الأردبيلى: قيل لا يجب، بل يمكن أن لا يجوز فإنّه موجب لهتكه،

و زهد القضاة عن القضاء، و لأنّه أمين عام فالظاهر وقوع فعله على الوجه الشرعى «۴».

(۱) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ۷۶.

(۲) العلامة الحلى، إرشاد الأذهان، ۲/ ۱۴۲.

(۳) زين الدين العاملى، مسالک الافهام، ۲/ ۴۰۰.

(۴) الأردبيلى مجمع الفائدة ۱۲/ ۸۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۵۵

۳ التفصيل بين ذكر ما يُستعدى عليه و غيره. قال الشيخ فى المبسوط: «فإن اسْتُعْدِىَ على حاكم كان قبله لم يحضره حتى يُبيّن ما يستعدى عليه لأجله احتياطاً للمعزول و خوفاً من الامتهان «۱» و الابتذال» و هو خيرة العلّامة فى القواعد، حيث قال: «و لو استعدى على الحاكم المعزول فالأولى للحاكم مطالبته بتحرير الدعوى صوناً للقاضى عن الامتهان فإذا حرّرها أحضره» «۲».

۴- استدعاؤه إلى داره. نقله فى مفتاح الكرامة عن بعض العامّة، حيث أوجب على الحاكم إحضار ذى المروءة إلى داره دون مجلس الحكم. «۳»

هذه هى الأقوال التى عثرت عليها و غير خفىّ على الفقيه النابه أنّ المقام من قبيل التزاحم فإنّ كون المدّعى مُحقّاً أمر محتمل كما أنّ الإهانة لذوى المروءات و الشخصيات المحترمة من غير فرق بين القاضى و غيره أمر محرّم قطعاً فيجب على الحاكم الإمعان و الدقّة فإن تفرّس من القرائن الموجودة حول المدّعى و المدّعى عليه و الحقّ الذى يدّعيه، أنّ الدعوى أمر واه فلا يرتّب عليه أثراً لانصراف أدلّة القضاء من مثله و إلّا فيحضره على وجه خال عن الإهانة.

و ربّما يحتجّ على الإحضار بحضور الإمام على عليه السلام فى مجلس القضاء مع الخصم و لكنّه لا يصلح للاستشهاد على المقام لأنّ حضوره فيه مع كونه حاكماً أعلى، ما كان يزيده إلّا علواً و شأناً و لا يشينه بخلاف إحضار القاضى المعزول أو غيره إلى المحكمة.

و أمّا إذا لم يتفرّس ذلک و احتمل كون المدّعى محقّاً فعليه أن يحضره جامعاً بين الحقّين من غير فرق بين أن يحرّر الدعوى أو لا.

نعم سيرة المحاكم الدوليّة على لزوم تحرير الدعوى و بدونه لا يترتّب عليها أثر.

هذا كلّه حول الأمر الأوّل، و أمّا الأمر الثانى و هو كيفية الحكم إذا اقيمت

(۱) أمهن الشىء: أى احتقره و أبتذله.

(۲) فخر المحقّقين، الإيضاح، ۴/ ۳۲۲ قسم المتن.

(۳) العاملى، مفتاح الكرامة، ۱۰/ ۵۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۵۶

الدعوى على أنّه قضى بشاهدين فاسقين فإليک الكلام فيه فننقل من الأقوال ما يفيدنا فى المقام:

قال الشيخ فى الخلاف: إذا عزل حاكم فادّعى عليه إنسان أنّه حكم على شهادة فاسقين و أخذ منه مالًا و دفعه إلى من سأل عن ذلک. فإن اعترف به لزمه الضمان بلا خلاف. «۱»

و قال المحقّق: «فإن حضر و اعترف به الزم». إلى غير ذلک من العبارات. «۲»

و الحقّ أن يقال: أنّه ضامن مع العلم بالفسق أو التقصير فى طلب المزكّى حيث حكم بمجرّد الشهادة مع عدم ثبوت الحكم إلّا بالبيّنة العادلة. و أمّا لو كان خطأ يكون على بيت المال. روى الصدوق بإسناده عن الأصبغ بن نباتة قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام إنّ ما أخطأت القضاة فى دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين «۳».

و لو كان هناك تدليس من الشهود يستقرّ الضمان عليهم. هذا إذا أقرّ بفسق الشاهدين على النحو الذى عرفت و أمّا إذا لم يعترف فهناك أقوال:

١- يحلف القاضى لو لم يكن للمدّعى البيّنة

و إن أنكر كان على المدّعى، البيّنة «۴» و إن لم تكن له بيّنة كان القول قوله مع يمينه و لا تجب عليه إقامة بيّنة على صفة المشهود. و هو خيرة الشيخ فى

---

(١) الطوسى: الخلاف ج ٣ كتاب القضاء المسألة ٨.

(٢) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ٧۶.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١٠ من أبواب آداب القاضى، الحديث ١.

(۴) بيّنة المدّعى إنّما تنفع فى ضمان القاضى إذا شهدت بعلم القاضى بفسقهما، و أما إذا شهدت بفسقهما وحده يكون الضمان على بيت المال.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢۵٧

الخلاف «١» و نقله عن الشافعى أيضاً مستدلًا بأنّ الظاهر من الحاكم أنّه أمين كالمودع فلا يطالب بالبيّنة و يكون القول قوله.

١- و قد أفتى به الشيخ أيضاً فى المبسوط لا فى خصوص هذه المسألة (حَكَمَ بشاهدين فاسقين) بل فى مطلق ما إذا اسْتُعدِىَ على الحاكم حيث قال: فإن اعترف الزم و إن أنكر قضى بينهما كما يقضى بينه و بين غيره. «٢»

٢- يُكلَّف القاضى بإقامة البيّنة

اشارة

يكلّف القاضى بإقامة البيّنة على ذلك، لأنّه قد اعترف بالحكم و نقل المال عنه إلى غيره (كما إذا كان مورد المرافعة ادّعاء الدين) و هو يدّعى ما يزيل ضمانه عنه فلا يقبل. و هو خيرة أبى حنيفة كما فى الخلاف «٣» و خيرة الشيخ فى المبسوط قال: قال بعضهم يجب عليه إقامة البيّنة أنّه حكم بعدلين و هو الأقوى عندى لأنّه إذا اعترف بالحكم و نقل المال عنه إلى غيره، و هو يدّعى ما يزيل الضمان عنه فلا يقبل منه «۴»، إلّا إذا ثبت أنّه قضى بعدلين.

يلاحظ عليه بأمرين:

أ: أنّ المدّعى و المنكر من المفاهيم العرفية الرائجة بين العقلاء فالمدّعى عندهم من لو ترك تُرك و هو لا- ينطبق فى المقام على القاضى. بل ينطبق على من ادّعى عليه و لو عرّف بمن خالف قوله الأصلَ أو الظاهرَ و هو أيضاً ينطبق على من استعدى عليه.

---

(١) الطوسى: الخلاف ٣/ كتاب القضاء المسألة ٨.

(٢) الطوسى: المبسوط ٨/ ١٠٢.

(٣) الطوسى: الخلاف ٣/ كتاب القضاء المسألة ٨

(۴) المبسوط ٨/ ١٠٣.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۵۸

ب- ليس مطلق نقل المال موجباً للضمان فإنّ الوكيل يعترف بذلك و ليس بضامن بل إذا كان فی النقل مفرطاً و الأصل عدمه. «۱»

۳- يُصدَّق بلا يمين

يُصدّق القاضی فی ادّعائه بلا يمين لا لكونه أمين الشرع فيصان منصبه عن الامتهان و الابتذال كما فی المسالك ۲ بل لما مرّ فی بحث عمل القاضی بعلمه من اتفاق الفقهاء على جواز عمله بعلمه فی موارد تزكية الشاهدين، فإذا كان علمه فی المورد حجّة فيكون إخباره عن ذلك حجّة أيضاً للملازمة كما لا يخفى.

اللّهم إلّا أن يقال علمه و ادّعاءه إنّما يكون حجّة إذا لم يكن القاضی طرفَ النزاع و أما إذا كان طرفاً له فلا و قد مضی الكلام فيه فی محلّه.

المسألة السادسة: فی شرطية التعدّد فی المترجم و عدمها

اشارة

إذا افتقر الحاكم إلى مترجم فهل يكفی المترجم العدل الواحد، أو لا بدّ من التعدّد؟ المشهور هو التعدّد.

قال الشيخ فی الخلاف: الترجمة لا تثبت إلّا بشهادة شاهدين لأنّها شهادة و به قال الشافعی. و قال أبو حنيفة و أبو يوسف: لا يفتقر إلى شهادة عدل بل تقبل فيه شهادة واحد لأنّه خبر، بدليل أنّه لا يفتقر إلى لفظ الشهادة دليلنا أنّ ما اعتبرناه مجمع على قبوله، و ما ادّعوه ليس عليه دليل و قد اعتبر الشافعی لفظ

---

(۱) ۱ و ۲ زين الدين العاملی: المسالك ۲/ ۴۰۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۵۹

الشهادة فی ذلك «۱».

أقول: إنّ دليل الشيخ يرجع إلى الأخذ بالاحتياط و هو مرجع إذا لم يكن دليل اجتهادی يدلّ على كفاية واحد.

و قد طرحه فی المبسوط من غير ترجيح أحد القولين قال:

فمن قال: الترجمة شهادة. ينظر فيما يُترجم عنه فإن كان مالًا أو فی معناه ثبت بشهادة شاهدين، و شاهد و يمين، و إن كان ممّا لا يثبت إلّا بشاهدين كالنكاح و النسب و العتق و غير ذلك لم يثبت إلّا بشاهدين عدلين، و إن كان حدّ الزنا فأصل الزنا لا يثبت إلّا بأربعة و الإقرار، قال قوم يثبت بشاهدين لأنّه إقرار و قال آخرون لا يثبت إلّا بأربعة لأنّه إقرار بفعل موجِب أن لا يثبت إلّا بما يثبت به ذلك الفعل كالإقرار بالقتل «۲».

يلاحظ عليه: بأنّه لو افترضنا أنّ الترجمة من مصاديق الشهادة لكن ليس المشهود به هو الإقرار بالمال، حتّى يكتفی فيه بشاهد و يمين. و لا النكاح و النسب و العتق، حتّى لا يثبت إلّا بشاهدين، و لا الزنا حتّى لا يثبت إلّا بأربعة و الإقرار، بل المشهود به، هو إقراره بكذا و كذا، و أنّه يقول كذا و كذا، فلا يعتبر فيه إلّا ما يعتبر فی ثبوت الإقرار. فإسراء حكم المقرّ به إلى الترجمة غريب جدّاً.

و على كل تقدير فهل الترجمة من مصاديق الشهادة فيعتبر فيها وراء التعدّد البلوغ و العدالة المفروغين عن اعتبارهما أو لا؟ و الظاهر فی كلام المحقّق أنّه لم يتّضح عنده أنّها من أيتهما فأخذ بالقدر المتيقّن و قال: و لا يقتنع بالواحد عملًا بالمتفق عليه. و هو اللائح من كلام صاحب الجواهر حيث قال: إذا شككنا أنّه من موضوع الشهادة أو الرواية و لا أصل و لا إطلاق ينقّح أحدهما فيجری عليه حينئذ

حكم الشهادة من التعدّد و لو لأنّه المتيقن بخلاف غيره.

---

(١) الطوسى: الخلاف ٣/ كتاب القضاء، المسألة ٩.

(٢) الطوسى: المبسوط ٨/ كتاب القضاء، ١٠٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٦٠

أقول: إنّ الشهادة من الشهود بمعنى الحضور قال سبحانه: (فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ) (البقرة/ ١٨٥). و إنّما سمّى الشاهد، شاهداً، لأنّه يحضر الواقعة و يشاهدها و يعاينها، قال فى اللسان: المشاهدة، المعاينة و شهد شهوداً: حضره فهو شاهد، و الفرق بينه و بين الخبير أنّه إذا ضيف إلى الباطنة يقال: خبير و إلى الأمور الظاهرة فهو الشهيد «١».

و عرفت الشهادة بوجوه:

١- الشهادة خبر قاطع «٢»

٢- الشهادة الإخبار عن اليقين «٣».

يلاحظ عليهما، أنّهما غير مطردين لانتقاضهما بإخبار العالم الفيزيائى عن تركّب عنصر الماء من جزءين، فهل تصحّ تسمية ذلك بالشهادة بحجّة أنّه خبر قاطع، أو إخبار عن اليقين.

٣- إخبار جازم عن حقّ لازم لغيره «۴».

يلاحظ عليه: أنّه لا يشترط فى موردها وجود الحقّ كالشهادة على رؤية الهلال أو شهادة المقوّم على القيمة و القاسم على المقدار.

۴- الخبر الصادر فى مقام التوقّع و الانتظار فكلّ خبر كان مسبوقاً بسؤال محقّق أو مقدّر، بمعنى وقوعه فى مقام انتظار شخص له كالهلال، هو شهادة و من ذلك تخرج الروايات عن الشهادة لأنّها إخبار ابتدائية غير مسبوقة بسؤال عن مضامينها تحقيقاً أو تقديراً. و على هذا تدخل الترجمة تحت الشهادة فيعتبر فيها التعدّد للإجماع على اعتباره فيها «۵».

---

(١) اللسان: ۴/ ٢٩٣ مادة «شهد».

(٢) ابن منظور: اللسان ۴/ مادة «شهد».

(٣) ابن الأثير: النهاية ٢/ مادة «شهد».

(۴) زين الدين العاملى: المسالك ٢/ ۴۴۵.

(۵) الرشتى: القضاء ١/ ١١٧. نقله عن شيخه الأنصارى.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٦١

يلاحظ عليه: أنّه إذا كان هجوم العدو متوقعاً، و أخبر الرائد بقربه من البلد، فهل ترى أنّه يسمّى شهادة؟! لأجل كون المخبر به أمراً متوقّعاً.

۵- الشهادة إخبار عن ثبوت الشىء فى مظانّ انكاره «١»

۶- إنّ المرجع فى تشخيص الشهادة عن غيرها هو العرف و لأجل ذلك تكون الترجمة تارة من قبيلها و أخرى من مصاديق الرواية. فإذا أريد بها إثبات ما يترتّب عليه الحكم كشهادة الشاهد احتيجت إلى التعدّد، ضرورة أنّها حينئذ بمنزلة شهادة الفرع التى لا بدّ فيها من التعدّد لأنّها شهادة حينئذ و حيث يراد منها بيان المراد فى غير ذلك كانت رواية و تكفى فيها الواحدة و لعلّ منه بيان عبارة المقلَّد مثلًا لمقلّديه أو بيان المراد من السؤال للمجتهد مثلًا ليذكر حكمه و نحو ذلك ممّا لا يعدّ شهادة بل هو قسم من الرواية و لو بالمعنى «٢».

هـذا ما قیل حول الشـهادة و فی المقام فنقول: إذا کانت الشـهادة مأخوذة من الشـهود بمعنی الحضور فلا بدّ أن یکون فی المقام واقعة شهـدها الشاهـد و غاب عنها القاضـی، و هل ترجمـة مقاصد المترافعین أو الشاهدین داخل تحت تلک الضابطة، و هل هناک شاهد و حاضر، و غائب عن الواقعة؟!. اللهم إلّا أن یقال أن جهل القاضی باللغة جعله کالغائب عنها و هو کما تری.

تحلیل المسألة بوجه آخر

إذا لم نقـل بوجود إطلاق أو عام یـدلّ علی حجّیـة الخبر العادل فی جمیع الموارد، أو قلنا بوجود أحـدهما و لکن قلنا بأنّ الترجمـة من مصادیق الشهادة، فلا

---

(۱) الآشتیانی: القضاء: ۶۰، نقله عن شـیخه الأنصاری، و یبدو أن الکتابین تقریران لمحاضـرات الشیخ الأعظم، غیر أنّ المحقّق الرشتی أتی بلبّ المراد، و المحقّق الآشتیانی بسط الکلام فی المسائل.

(۲) النجفی: الجواهر: ۴۰/ ۱۰۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۶۲

إشکال فی اعتبار التعدّد.

و أمّا إذا قلنا بوجود إطلاق فی دلیل حجّیته من غیر فرق بین الأحکام و الموضوعات، لکن خرج منه باب الشهادة و لکنّ الخارج مردّد بین الأقل و الأکثر أی بین شمولها للترجمة و عدمها، صارت الترجمة شبهة مصداقیة للعام بعد التخصیص بالشهادة، و قد قلنا فی محلّه، بجواز التمسّـک بالعـام فیما إذا کان منشأ الشـبهة فی المصـداق کون المخصّـِص دائراً بین الأقل و الأکثر کـدوران الفسق بین ارتکاب الکبیرة أو هی و الصغیرة، فیصحّ التمسّک بعموم أکرم العلماء بعد التخصیص بإخراج الفاسق من العلماء.

نعم ذکر صاحب الجواهر أنّ الروایة و الشـهادة نوعان متباینان و أنّ التعدّد مقوّم للشهادة، قال: وضوح التباین بین الروایة و الشهادة فی العرف الذی هو المرجع فی أمثالهما بعد معلومیة عدم الوضع الشـرعی فیهما و عدم الإجمال. و اعتبار التعدّد فی موضوع الشهادة لا أنّه هو الممیّز لها عن الروایة، و کون جنسهما الخبر لا یقتضی أنّها قسم منه بل هما نوعان متمایزان فی العرف «۱».

یلاحظ علیه: أنّه بعد تسلیم کون الخبر جنساً للروایة و الشهادة، تکون الروایة بالمعنی اللغوی أیضاً جنساً للشهادة لا نوعاً مثلها، فإذا قال نبأ أو خبر أو روایـة العادل حجّـِة، یعمّ کلامه الأحکام و الموضوعات و الشـهادة، خرج عنه الأخیر حیث یعتبر فیه التعدد، و مع الشـکّ فی الترجمة یتمسّک بعموم العام، علی النحو الذی عرفت.

اللّهم إلّا إذا أراد من الروایة، المعنی المصطلح منها و هو الإخبار عن المعصوم فی مجال الأحکام.

و علی ذلک فالظاهر هو الاکتفاء بمترجم واحد. و مع ذلک کلّه ففی

---

(۱) النجفی: الجواهر ۴۰/ ۱۰۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۶۳

النفس من الاکتفاء به شـیء و هو أن اشتراط التعـدّد فی الشاهد فی مورد، حاک عن عنایة الشارع بثبوته عند القاضـی بشخصـین، فإذا اکتفینا بمترجم واحـد فی مورد التعدّد، یکون معناه أنّه اکتفی فی ثبوت الموضوع بواحد و لو فی الحلقة الأخیرة، و المترجم و إن کان لا یشـهد إلّا علی إقراره و مفاد کلامه و لا یشهد علی الزنا و لا السرقة إلّا أنّ القاضی یتوصّل إلی الواقع عن طریقه و معنی ذلک جواز توصّله إلیه بشخص واحد و هو خلاف المطلوب فالأحوط لو لم یکن الأقوی هو التعدّد، کما علیه المحقّق و إن کان طریقنا إلی إثبات الحکم غیر طریقه. و الله العالم.

المسألة السابعة: فی صفات کاتب القاضی

إنّ القضـاء غالباً لا ـ ینفـکّ عن کتابـهٔ دعوی المـدّعی و خصوصـیاته، و إقرار الآـخر أو إنکـاره، و ما یرتبط بهما، فلأجل ذلک کانت القضاهٔ من لـدن زمان قـدیم یتّخـذون کاتباً یکتب المحاضـر و السـجلات و ما یرجع إلیهما فیقع الکلام فی شـرائطه فـذکر المحقّق أنّه یشترط: أن یکون بالغاً، عاقلًا، مسـلماً، عـدلًا بصـیراً لیؤمن انخداعه و إن کان مع ذلک فقیهاً کان حسـناً. و أضاف صاحب الجواهر أن یکون جیّد الکتابهٔ و ادّعی علی هذه الشروط عدم الخلاف.

قـال الشـهید الثانی: ینبغی للحاکم أن یتّخـذ کاتباً لمسیس الحاجـهٔ إلی کتب المحاضـر و السـجلات و الحاکم لا یتفرغ لها غالباً و من المشـهور أنّه کان لرسول الله صـلّی الله علیه و آله و سـلَّم کُتّاب و کذا لغیره من الخلفاء و یشترط أن یکون الکاتب بالغاً، عاقلًا، مسـلماً عـدلًا لیؤمن خیـانته، عارفاً بما یکتبه من المحاضـر. و غیرها لئلا یفسـدها و یسـتحب أن یکون مع ذلک وافر العقل، عفیفاً عن المطامع الفاسدهٔ لکیلا یخدع

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۲۶۴

من غیره بمال و غیره و أن یکون فقیهاً لا یؤتی من جهل و أن یکون جیّد الخط ضابطاً للحروف لئلا یقع فی الغلط و الاشـتباه و الأولی أن یُجلس الحـاکم الکـاتب بین یـدیه لیملی علیه و یشاهـد مـا یکتب و لبعض الشافعیـهٔ قول: إنّه لا ـ یشترط فیه الإسـلام و العدالـهٔ لأنّ القاضی لا یمضی ما کتبه حتی یقف ما علیه «۱».

و إلی الکلام الأخیر أشار صاحب الجواهر و قال: ربّما یقال بعدم الاشتراط. لأنّ ثمرهٔ الکتابهٔ تذکّر ما کان و إلّا فهی لیس بحجّهٔ شـرعاً و حینئـذ فلا ـ عبرهٔ بشـیء من هـذه الأوصـاف ضـرورهٔ أنّه مع الـذکر بهـا یجری علیهـا الحکم و إلّا فلا ـ و إن کـان الکاتب بالأوصاف المذکورهٔ. نعم معها غالباً تحصل الطمأنینهٔ إلی ما یجری علیها الحکم.

و أورد علیه: بأنّ ثمرتها لا تنحصـر فیما للتذکّر فیه مدخلیهٔ بل قد تکون مراسلهٔ إلی القضاهٔ و غیرهم، و أمراً و نهیاً فیما یکون فیه زیادهٔ و نقیصهٔ و تغییر و تبدیل فلا بدّ أن یکون معتمداً علیه و هو فرع هذه الأوصاف «۲».

أقول: یرد علیه مضافـاً إلی ما ذکره أنّه کلام من لم یمارس القضاء إذ لا یمکن للقاضـی أن یعتمـد علی ذاکرته فی کلّ صـغیر و کبیر، بل لا بـدّ أن یعتمـد علی السـجلات و التقاریر المکتوبهٔ المؤرخهٔ و مع ذلک فکیف یمکن أن یعتمد علی الکاتب غیر الأمین و إلا لزم الفوضی و اختلال نظام القضاء کما هو معلوم للممارس.

و علی ضوء هـذا نمنع أوّلًا عـدم حجّیـهٔ ما سـجّله الکاتب العدل بقلمه و بَنانه مع إطلاق أدلّهٔ حجّیهٔ خبر العادل من غیر فرق بین قوله و کتابته و علی ذلک جری العقلاء فی أمورهم و معایشهم.

و ثانیاً: علی فرض التسلیم إنّ القاضی ربّما یتردّد، فیما ضبطته ذاکرته،

---

(۱) زین الدین العاملی: المسالک: ۲/ ۴۰۰.

(۲) النجفی: الجواهر ۴۰/ ۱۱۰۱۰۹.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۲۶۵

فبالرجوع إلی السـجلات، یتـذکّر مـا تردّد فیه فیعود إلی ذاکرته مـا ذهب و غـاب مؤقّتـاً. و الرجوع إنّما یکون مفیـداً إذا کان الکاتب عادلًا، بخلاف ما إذا کان غیر ثقهٔ فلا یعینه حتی فی إعادهٔ ما نسیه موقتاً.

نعم لا یشترط أن یکون فقیهاً بل یکفی کونه عارفاً بکیفیّـهٔ کتابـهٔ التقاریر و ادّعاء الشـهود و إذا کان القاضـی مملیاً، فربّما یکفی کونه عارفاً بالکتابهٔ و إن لم تکن له ممارسهٔ فی کتابهٔ السجلات و المحاضر.

و علی کل تقدیر فالذکر الحکیم یشترط فی کاتب الدین العدالة و یقول: (وَ لْیَکْتُبْ بَیْنَکُمْ کٰاتِبٌ بِالْعَدْلِ) (البقرة/ ۲۸۲)، فکیف یصحّ نفی لزومها فی کاتب المحاضر و السجلات و التقاریر التی لیست فی الأهمیّة بأقلّ منها؟!

المسألة الثامنة: فی عدالة الشاهدین

اشارة

اتّفق المسلمون تبعاً للذکر الحکیم، فی اشتراط العدالة فی الشهود و لم یخالف فیه أحد، قال سبحانه: (وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ وَ أَقِیمُوا الشَّهٰادَةَ لِلّٰهِ) (الطلاق/ ۲)

و الآیة واردة فی الطلاق لکن الحکم العدل الذی أمرنا به فی قوله سبحانه: (وَ إِذٰا حَکَمْتُمْ بَیْنَ النّٰاسِ أَنْ تَحْکُمُوا بِالْعَدْلِ) (النساء/ ۵۸). لا یتحقّق غالباً إلّا أن تکون الشهود عدولًا تصدّ عدالتهم عن الشهادة علی خلاف الحقّ مضافاً إلی ورود الأمر بالقضاء بالبیّنة العادلة فی الروایات «۱».

نعم إنّ هناک بحوثاً فی عدالة الشاهدین اطرحها المحقّق فی هذه المسألة و نحن نقتفیه.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۶.

۱- لزوم التحقیق فی هویّة الشاهد

قال: الحاکم إن عرف عدالة الشاهدین حکم، و إن عرف فسقهما، أطرح و إن جهل الأمرین بحث عنهما.

لا شکّ فی أنّه تؤخذ، بالشهادة فی الأولی و تطرح فی الثانیة، إنّما الکلام فی لزوم البحث عن هویّة الشاهد إذا کانت مجهولة و هل هو من واجبات الحاکم أو لا؟ و استدلّ علیه بالخبر المروی عن التفسیر المنسوب إلی الإمام العسکری و فیه بعد کلام: «إذا جاء بشهود لا یعرفهم بخیر و لا شرّ قال للشهود: أین قبائلکما؟ فیصفان، أین سوقکما؟ فیصفان، أین منزلکما؟ فیصفان، ثمّ یقیم الخصوم و الشهود بین یدیه ثمّ یأمر فیکتب أسامی المدّعی و المدّعی علیه، و الشهود، و یصف ما شهدوا به، ثمّ یدفع ذلک إلی رجل من أصحابه الخیار ثمّ مثل ذلک إلی رجل آخر من خیار أصحابه ثمّ یقول لیذهب کل واحد منکما من حیث لا یشعر الآخر إلی قبائلهما و أسواقهما و محالهما و الربض الذی ینزلانه فیسأل عنهما ...». «۱»

و الروایة ضعیفة سنداً لا یحتجّ بها.

و استدلّ صاحب الجواهر بوجه آخر من دلالة إطلاق الأمر بالحکم بالبیّنة العادلة، لزوم الفحص عن وجود الموضوع کما هو الحال فی لزوم الفحص عن دخول الوقت للصلاة أو وجود الماء للطهارة.

یلاحظ علیه: أنّ ظاهر قولهم: «البیّنة للمدّعی»، أنّ إقامة البیّنة علیه، و من وظائفه فیجب علیه إحضار المزکّی إذا کانا مجهولین لدی القاضی خصوصاً إذا کانت التزکیة متوقفة علی السفر إلی محلّ الشاهدین، فی النقطة البعیدة.

و مع ذلک کلّه لو کان تحصیل العلم بعدالة الشاهدین أمراً سهلًا للقاضی،

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۶ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

لم يبعد وجوبه عليه و قد قلنا بذلك فى وجوب الفحص فى الشبهات الموضوعية إذا كان تحصيل العلم بوجود الموضوع، أمراً سهلًا، إذ لا يظهر من الأدلّة، أنّ فريضة المدّعى أزيد من إحضار من لو تفحّص القاضى عنه فحصاً يسيراً، لوقف على عدالتهما. و إلّا لزم عليه الاكتفاء بمن عرفه من ذى قبل. و هو موجب لصدّ باب القضاء إذ ليس القاضى فى كلّ زمان يعرف وجوه الناس و أوساطهم فضلًا عمّن هو فى درجات نازلة عنهم، و الحقّ أنّ الفحص على القدر الميسور من وظائف القاضى.

۲- إذا أحرز إسلامه و شكّ فى فسقه

اشارة

قد عرفت أنّ مجهول الهوية و إن علم إسلامه لا- يمكن القضاء به و لا- بدّ من الفحص و التفتيش إذا كان ميسوراً و إلّا أقفل باب القضاء إذا اكتفى القاضى بعلمه السابق بالمشهود.

غير أنّه اشتهر عن الشيخ بأنّه إذا علم إسلامه و جهل فسقه يقضى به و ربّما يفسر كلامه بأنّ العدالة المعتبرة فى الشهود ليست إلّا هذا: «علم إسلامه و لم يعلم فسقه». و لو صحّت النسبة يكون معنى ذلك أنّه لو كان فاسقاً واقعاً و لم يعلم فسقه فهو فاسق و عادل و هو نفس القول باجتماع الضدّين، فإنّ الفسق و العدالة من الصفات النفسانية المتقابلة لا تجتمعان أبداً و قد ينسب هذا القول إلى بعض قدماء الشيعة كابن الجنيد، و المفيد، و أظنّ أنّ مقصود الشيخ غير هذا و أنّه يقول بكون الإسلام مع عدم ظهور الفسق طريق إلى العدالة المعتبرة.

و تحقيق الحقّ يتوقف على البحث فى مقامين:

۱- هل الاختلاف بين الشيخ و غيره فى مفهوم العدالة المعتبرة فى الشاهد جوهرى أو لا؟

۲- و على فرض عدمه فهل الإسلام مع عدم ظهور الفسق طريق إلى العدالة

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۶۸

أو لا؟

أ: هل الاختلاف فى مفهوم العدالة جوهرى؟

لا بدّ فى تحقيق النسبة نقل عبارة الشيخ برمّتها.

قال الشيخ فى الخلاف: إذا شهد عند الحاكم شاهدان يُعرف إسلامهما، و لا يُعرف فيهما جرح، حكم بشهادتهما، و لا يقف على البحث إلّا أن يجرح المحكوم عليه فيهما بأن يقول: هما فاسقان فحينئذ يجب عليه البحث.

و قال أبو حنيفة: إن كانت شهادتهما فى الأموال و النكاح و الطلاق و النسب كما قلناه، و إن كانت فى قصاص أو حدّ لا يحكم حتّى يبحث عن عدالتهما.

و قال أبو يوسف و محمّد و الشافعى: لا يجوز له أن يحكم حتّى يبحث عنهما فإذا عرفهما عدلين حكم و إلّا توقف فى جميع الأشياء و لم يخصّوا به شيئاً دون شىء.

دليلنا: إجماع الفرقة و أخبارهم، و أيضاً الأصل فى الإسلام العدالة، و الفسق طار عليه يحتاج إلى دليل، و أيضاً نحن نعلم أنّه ما كان البحث فى أيّام النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم و لا- أيّام الصحابة، و لا أيام التابعين، و إنّما هو شىء أحدثه شريك بن عبد الله القاضى فلو كان شرطاً ما أجمع أهل الأمصار على تركه. «۱»

و حاصل الآراء المنقولة فى عبارة الشيخ عبارة عن:

۱- القضاء بشهادة المسلم الذى لم يعرف جرحه مطلقاً و هو مختار الشيخ.

۲- التفصيل بين الأموال و النكاح و الطلاق و النسب، و بين الحدّ و القصاص فلا يقبل فى الثانى و هو خيرة أبى حنيفة.

۳- عدم القبول مطلقاً و هو خيرة الشافعى، و تلميذى أبى حنيفة: أبى يوسف و محمّد بن الحسن الشيبانى.

---

(۱) الطوسى، الخلاف: ۳/ ۳۱۲، كتاب القضاء، المسألة ۱۰.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۶۹

۴ استدلّ الشيخ بأنّ الفحص ممّا أحدثه شريك بن عبد الله القاضى و لم يكن فى زمان النبى و الصحابة و التابعين منه أثر.

أمعن النظر فى عبارة الشيخ فهل هو بصدد تفسير العدالة، أو أنّه جعل الإسلام مع عدم ظهور الفسق دليلًا على العدالة بالمعنى المعروف بين الأصحاب، كما أنّ بعضهم جعل «حسن الظاهر بمعنى الخلطة المطلعة على أنّ ما يظهر منه حسن، من دون معرفة باطنة» طريقاً إليها. «۱» و يؤيد الثانى ذيل كلامه حيث نسب الفحص إلى شريك بن عبد الله القاضى و أنّه لم يكن منه خبر فى عصر الصحابة و التابعين، و هذا يدلّ على أنّه يكفى فى كشف العدالة، إحراز الإسلام المقرون بعدم ظهور الفسق، و لا يلزم الفحص لا أنّه نفس العدالة و أوّل من نبّه بذلك المحقّق البهبهانى فى كلام له نذكر منه ما يلى:

«و المراد بالاكتفاء بالإسلام أو حسن الظاهر كونهما طريقين جعليين من الشارع إلى العدالة التى هى ملكة من الملكات، و صفة من الصفات، نظير سائر الطرق الشرعية كالبيّنة و فعل المسلم و أصالة الطهارة لا أنّ العدالة عبارة عنهما كما توهّمه جملة من المتأخرين حيث زعموا، أنّ الاختلاف فى المقام راجعة إلى حقيقة العدالة و إنّها الملكة، أو الإسلام مع عدم ظهور الفسق أو حسن الظاهر. «۲»

ثمّ إنّ صاحب المسالك نسب قول الشيخ فى الخلاف، إلى صريح ابن الجنيد، و ظاهر المفيد فى كتاب الأشراف «۳» و لم يحضرنى كتاب الاشراف حتى اُلاحظ المنقول، و لكن صريحه فى كتاب المقنعة خلافه قال: العدل من كان معروفاً بالدين و الورع عن محارم الله تعالى. «۴»

و أمّا ابن الجنيد، فالمنقول منه فى كتاب «المختلف» خلافه قال: «فإذا كان

---

(۱) لاحظ الجواهر: ۴۰/ ۱۱۳، نعم هو فسر العدالة بنفس هذا المعنى المذكور.

(۲) المحقّق الرشتى: القضاء ۱۱۸، نقلًا عن المحقّق البهبهانى.

(۳) زين الدين، المسالك: ۲/ ۴۰۱.

(۴) المفيد، المقنعة: ۱۱۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۷۰

الشاهد حرّاً، بالغاً، عاقلًا، مؤمناً، بصيراً، معروف النسب، مرضياً، غير مشهور بكذب فى شهادة، و لا بارتكاب كبيرة و لا مقام على صغيرة، حسن التيقّظ، عالماً بمعانى الأقوال، عارفاً بأحكام الشهادة غير معروف بحيف على معامل، و لا متهاون بواجب من علم و عمل، و لا معروف بمعاشرة أهل الباطل، و لا الدخول فى جملتهم، و لا بالحرص على الدنيا و لا بساقط المروءة، بريئاً من أهواء البدع التى توجب على المؤمنين البراءة من أهلها، فهو من أهل العدالة المقبول شهادتهم. «۱»

و بالجملة ما نسب إلى ظاهر الشيخ، فى الخلاف من تفسير العدالة بما ذكر غير صحيح و على فرض الصحّة لم يذهب به أحد من علمائنا و لم يذكره فى كتاب النهاية «۲» و المبسوط «۳» إذ فسّرها فى الأُولى قريباً ممّا فى رواية ابن أبى يعفور، و فى المبسوط بما تقدّم من ابن الجنيد. و الحقّ ما ذكره المحقّق البهبهانى فى تفسير كلامه.

ب- هل الإسلام مع عدم ظهور الفسق طريق إلى العدالة؟

إذا تبيّن أنّ اختلاف الشيخ ليس فی معنی العدالة، يقع الكلام فی كونه طريقاً إلى العدالة المعتبرة فيها، فقد استدلّ له بوجوه:

الأوّل: ما ذكره فی الخلاف: «الأصل فی الإسلام العدالة و الفسق طارئ عليه، يحتاج إلى دليل» و هذه العبارة تحتمل وجوهاً أوضحها وجهان: أحدهما يرجع إلى استصحاب حكم قبل البلوغ و الآخر يرجع إلى التمسّک بأصالة الصحّة فی فعل المسلم.

أ إنّ الأصل فی كلّ مسلم العدالة، بالنظر إلى ما قبل بلوغه، و الفسق أمر طارئ يحتاج إلى دليل و الأصل عدمه.

---

(۱) المختلف، كتاب القضاء، المسألة ۴، قال العلّامة و ظاهر كلامه يوافق كلام الشيخ فی المبسوط، لاحظ المبسوط: ۸/ ۲۱۷ و لا حاجة لنقل كلامه فی المبسوط بعد الاتّحاد.

(۲) الطوسی، النهاية: ۳۲۵.

(۳) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۷۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۷۱

يلاحظ عليه: بأنّه أصل مثبت، فإنّ استصحاب عدم الفسق لا يثبت كونه عادلًا، لأنّه بمنزلة نفی أحد الضدّين و إثبات الضدّ الآخر، على أنّ الثابت قبل البلوغ من قبيل السالبة بانتفاء الموضوع و هو التكليف، و الثابت فی الآن اللاحق، هو السالبة بانتفاء المحمول و استصحاب السالبة بانتفاء الموضوع لغرض اثبات السالبة بانتفاء المحمول من أوضح مصاديق الأُصول المثبتة.

ب الأصل فی المسلم أن لا يخلّ بواجب و لا يفعل محرّماً و قد فسّر ابن إدريس العدل بأنّه الذی لا يخلّ بواجب و لا يرتكب قبيحاً. «۱»

يلاحظ عليه: أنّه على فرض صحّة الأصل لا يثبت به وصف العدالة، غاية الأمر يجب حسن الظن بالمسلم بأنّه ما يخلّ بواجب و لا يرتكب محرّماً، و لا يثبت بهذا التعبّد بعنوان العدالة.

ثمّ إنّه ربّما يفسّر كلام الشيخ بكون الإسلام و العدالة مترادفين و هو باطل لا تصحّ نسبته إلى الشيخ، فلأجل ذلک ضربنا عنه و عن مثله صفحاً.

الثانی: اطلاق قوله سبحانه: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ) (البقرة/ ۲۸۲) حيث اكتفى بكون الشاهد من المسلمين و لا يحمل على قوله: (وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) (الطلاق/ ۲) لعدم حجّية مفهوم الوصف.

يلاحظ عليه: أنّ التقييد ليس مبنياً على وجود المفهوم للوصف، بل مبنى على الجمع العرفی بين الدليلين و ليس القيد منحصراً بآية الطلاق بل جاء فی آية الوصية و كتابة الدين.

قال سبحانه: (إِذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنانِ ذَوا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِی الْأَرْضِ) (المائدة/ ۱۰۶).

و قال سبحانه: (وَ لْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كاتِبٌ بِالْعَدْلِ) (البقرة/ ۲۸۲).

---

(۱) الحلی: السرائر: ۱/ ۲۸۰، كتاب الصلاة، أحكام صلاة الجماعة.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۷۲

و قال سبحانه: (أَوْ لا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ) (البقرة/ ۲۸۲).

و لا يمكن القول باختصاص القيد بالوصية و الدين فإنّ أمر الأوّل مبنى على السعة و لأجل ذلک يقبل قول غير المسلم عند فقدان

المسلم إذا شهد حين الوصية كما فى الآية، فإذا كانت معتبرة فيها ففى غيره بطريق أولى.

الثالث: ظاهر قوله سبحانه: (إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا) (الحجرات/ ۶). و ظاهره التثبت فيما إذا بان الفسق، و القبول فى ما عداه.

يلاحظ عليه: أنّ الخارج هو الفاسق الواقعى و مجهول الهوية مردّد بين البقاء تحت العام و الخروج عنه و دخوله تحت المخصّص و فى مثل ذلك لا يتمسّك بالعموم لأنّه تمسّك به فى الشبهة المصداقية له بعد التخصيص.

الرابع: الروايات الواردة فى المقام و هى بين غير صريح أو ضعيف السند، نظير:

۱- مرسلة يونس بن عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن البيّنة إذا أُقيمت على الحقّ، أ يحلّ للقاضى أن يقضى بقول البيّنة؟ فقال: «خمسة أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات، و المناكح، و الذبائح، و الشهادات، و الأنساب، فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته و لا يسأل عن باطنه».

و رواه الشيخ إلّا أنّه قال: يقضى بقول البيّنة من غير مسألة إذا لم يعرفهم. و ترك الأنساب و ذكر بدلها المواريث.

قال الشيخ الحرّ العاملى: «قد عمل الشيخ و جماعة بظاهره و ظاهر أمثاله، و حكموا بعدم وجوب التفتيش، و حملوا ما عارضه ظاهراً على أنّ من تكلّف التفتيش عن حال الشّاهد يحتاج أن يعرف وجود الصفات المعتبرة هناك، و على

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۷۳

أنّه إذا ظهر شىء من الأمور المذكورة ممّا ينافى العدالة لم تقبل الشهادة و إن كان لا يجب الفحص، و الّذى يفهم من الأحاديث الكثيرة عدم وجوب التفحّص و أنّ الأصل العدالة، لكن بعد ظهور المواظبة على الصلوات، و عدم ظهور الفسق». «۱»

يلاحظ عليه: مضافاً إلى ضعف سنده أنّه لا دلالة فيها على مطلوب الشيخ من كون الإسلام مع عدم ظهور الفسق طريقاً إلى العدالة بل هو بصدد بيان أنّ قول الشاهد المأمون ظاهراً حجّة و إن لم نعلم مصدر علمه، فاشتراط العلم بمصدر علمه أو عدم اشتراطه، هو مورد العناية فى الرواية لا تحديد العدالة، على أنّ قوله: «ظاهراً مأموناً» دليل على القول الثانى و هو أنّ حسن الظاهر بالمعنى الذى مضى، طريق إلى العدالة و هو غير مختار الشيخ.

۲- روى الصدوق باسناده عن العلاء بن سيّابة قال: سألت أبا عبد الله عن شهادة من يلعب بالحمام، قال: «لا بأس إذا كان لا يُعرف بفسق» «۲»، و سند الصدوق إلى العلاء بن سيّابة صحيح. و أمّا العلاء نفسه فلم يوثّق و لم يرد فيه مدح. و الاحتجاج به غير تام.

۳- روى الصدوق بسند متّصل إلى علقمة قال: قال الصادق عليه السلام و قد قلت له: يا بن رسول الله أخبرنى عمن تُقْبل شهادتُه و من لا تُقبل؟ فقال: «يا علقمة كلّ من كان على فطرة الإسلام جازت شهادته إلى أن قال: فمن لم تره بعينك يرتكب ذنباً أو لم يشهد عليه بذلك شاهدان فهو من أهل العدالة و الستر، و شهادته مقبولة، و إن كان فى نفسه مذنباً». ۳

أقول: لا بأس بصدر السند لكنّه ينتهى إلى صالح بن عقبة و هو مردّد بين الأسدى و غيره و لم يرد فيهما توثيق، و إلى علقمة و هو أيضاً كذلك و الخبر غير صالح للاحتجاج.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۳، ۴.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: ج ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۶ و ۱۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۷۴

۴- عن سلمة بن كهيل قال: سمعت علياً يقول لشريح: ... و اعلم أنّ المسلمين عدول بعضهم على بعض إلّا مجلود فى حدّ لم يَتُب منه أو معروف بشهادة الزور و ضنين «۱».

و فى السند إرسال، إذ فيه: الحسن بن محبوب عن عمرو بن أبى المقدام، عن أبيه عن سلمة بن كهيل، و الأوّل من الطبقة السادسة و الثانى من الطبقة الثالثة، و من البعيد أن يروى الحسن بن محبوب الذى هو من أصحاب الرضا عن عمرو بن أبى المقدام و هو عمرو بن

ثابت من أصحاب الإمام السجاد و الباقر و الصادق عليهم السّلام قال النجاشى: روى عن على بن الحسين و أبى جعفر و أبى عبد الله عليهم السّلام و له كتاب لطيف، توفّى الإمام الصادق عام ۱۴۸، و تولّد الحسن بن محبوب عام ۱۵۰، و توفّى عام ۲۲۴.

على أنّ أبا المقدام و هو ثابت بن هرمز لم يرد فيه توثيق و لا مدح و لأجل ذلك لا يصحّ الاحتجاج بالحديث.

۵- صحيحة حريز عن أبى عبد اللّه عليه السلام فى أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا فعدل منهم اثنان و لم يعدل الآخران فقال: إذا كانوا أربعة من المسلمين ليس يعرفون بشهادة الزور أُجيزت شهادتهم جميعاً و أُقيم الحدّ على الذى شهدوا عليه، إنّما عليهم أن يشهدوا بما أبصروا و علموا، و على الوالى أن يجيز شهادتهم إلّا أن يكونوا معروفين بالفسق «۲».

و الرواية و إن كانت صحيحة تامّة الدلالة، لكن الاعتماد عليها مشكل لأمرين:

۱- أنّها موافقة لرأى أبى حنيفة «۳»، الكاشف عن وجود رأى مثله فى عصر

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۸.

(۳) مضى رأيه نقلًا عن الخلاف.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۷۵

صدور الرواية.

۲- إنّها معارضة بروايات أكثر عدداً، و أوضح سنداً.

فإن قلت: إنّ أكثر ما استدلّ على قول الشيخ و إن كان قابلًا للمناقشة من حيث السند أو المتن إلّا أنّ المجموع من حيث المجموع قابل للاحتجاج لأنّ بعضه يشدّ بعضاً كما هو الحال فى سائر المقامات.

قلت: نعم لو لا أنّ الروايات المعارضة، أقوى سنداً و أكثر عدداً و أوضح مضموناً و قد عمل بها المشهور و أعرض عن مخالفه.

نعم ما نذكره من الروايات المعارضة لا يُركّز على عنوان واحد و لكنّ الجميع متّفق على عدم جواز الاكتفاء بالإسلام مع عدم ظهور الفسق بل يجب أن يتمتّع الشاهد بعنوان وراء ذاك و إليك هذه العناوين و هى بين إيجابى و سلبىّ أمّا الأوّل فإليك بيانه:

۱- إذا علم منه خير

روى محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهادة الرجل إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس». «۱»

۲- إذا كان عفيفاً صائناً

روى أبو بصير عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «لا بأس بشهادة الضيف إذا كان عفيفاً صائناً». «۲»

۳- إذا كان صالحاً

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۸. و الحديث ۱ من الباب ۳۹ من أبوابها. و حمل الخير على الإسلام بعيد خصوصاً فى الحديث الأخير إذ يقول: إذا علم منهما بعد ذلك (الإسلام) خير جازت شهادتهما أى الذمى بعد الإسلام و العبد بعد العتق.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۰.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۷۶

روى العلاء بن سيّابة عن أبى عبد اللّه عليه السلام: قلت فالمكارى و الجمّال و الملاح فقال: «و ما بأس بهم تقبل شهادتهم إذا كانوا

صلحاء». «۱»

۴- أن یکون عادلًا

روی ابن أبی یعفور عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال قلت: بم تعرف عدالة الرجل بین المسلمین حتی تقبل شهادته لهم و علیهم؟ فقال: «أن تعرفوه بالستر و العفاف و کفّ البطن و الفرج ...». «۲»

روی عبد الرحمن بن الحجّاج عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: قال أمیر المؤمنین علیه السلام: «لا بأس بشهادة المملوک إذا کان عدلًا». «۳»

روی محمّد بن مسلم عن أبی عبد الله علیه السلام فی شهادة المملوک إذا کان عدلًا فانّه جائز الشهادة إنّ أوّل من ردّ شهادة المملوک عمر بن الخطّاب. ۴

فعلی ضوء هذه العناوین الوجودیة یشترط أمر غیر الإسلام و عدم ظهور الفسق کما أنّ هناک روایات تشترط عدم بعض العناوین المضرّة، ککونه فاسقاً، أو ظنّیناً و متّهماً و غیر ذلک و إلیک الإشارة إلی تلکم العناوین.

۵- أن لا یکون فاسقاً

روی محمد بن قیس عن أبی جعفر فی حدیث إنّ علیّاً علیه السلام قال: «لا أقبل شهادة الفاسق إلّا علی نفسه». ۵

۶- لا یکون متّهماً و ظنّیناً

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱، من أبواب الشهادات، الحدیث ۱.

(۳) ۳ و ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۳ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱ و ۳ و لاحظ الحدیث ۶ من الباب ۱ و ۵ من الباب ۱۲ من أبواب کیفیة الحکم.

(۴) ۵ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۷۷

روی عبد الله بن سنان قال قلت لأبی عبد الله علیه السلام: ما یردّ من الشهود قال: فقال: الظنین و المتّهم قال قلت: فالفاسق و الخائن قال: ذلک یدخل فی الظنین. «۱»

ثمّ إنّ الروایات الواردة فی ردّ شهادة بعض الأصناف أزید ممّا ذکرنا فلا تقبل شهادة فحّاش و لا ذی مخزیة فی الدین و من یبتغی علی الأذان و الصلاة بالناس أجراً، و المریب، وذی شحناء إلی غیر ذلک من العناوین الواردة فی البابین ۳۲ و ۳۳ من أبواب الشهادات فی الوسائل و أکثرها یدخل تحت عنوان الفاسق، و الجمیع متّفق علی اشتراط أمر زائد، و هو العدالة، لکن بعد تقیید أوسع العناوین بأضیقها کما لا یخفی.

و أمّا ما هی العدالة المشترطة فهل هی ملکة التجافی عن جمیع الکبائر و الرادعة عنها علی ما هو المشهور؟ أو هی عبارة عن حسن الظاهر بمعنی الخلطة المطلعة علی أن ما یظهر منه حسن من دون معرفة باطنة کما علیه صاحب الجواهر. «۲» و المحقّق الآشتیانی فی کتاب القضاء «۳»؟ فهذا هو الذی نبحث عنه فی کتاب الشهادات عند البحث عن صفات الشهود التی رابعها: العدالة فانتظر. «۴» و بذلک نستغنی عن البحث حول قول المحقق فی المقام: «و لا یجوز التعویل فی الشهادة علی حسن الظاهر».

۳- لو تبیّن فسق الشاهدین

إذا حکم الحاکم بعد إحراز العدالة، ثمّ ظهر فسق الشهود فی زمان الإقامة أو زمان الحکم المتّصل زمانه بزمان إقامة شهادتهما، نقض

حكمه، مثل ما لو تبيّن فسوقهما قبل الإقامة المتّصل بزمان إقامتها، لفقدان الشرط (العدالة) واقعاً المستلزم

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۱ و لاحظ الحديث ۲، ۳، ۵، ۶.

(۲) النجفی: الجواهر: ۴۱/ ۱۱۳.

(۳) الآشتيانی: كتاب القضاء: ۶۵.

(۴) كتاب الشهادات: النظر الأوّل فی صفات الشهود.

لفقدان المشروط و هو الحكم الصحيح و لا يختصّ جواز النقض بقول المشهور، القائل بشرطيّة العدالة حين الإقامة بل يعمّ قول الشيخ أيضاً القائل بكفاية إحراز الإسلام مع عدم ظهور الفسق، و ذلك لأنّه إنّما يكتفى به إذا لم يظهر الخلاف كما هو اللائح من عبارة الخلاف الماضية. قال ابن حمزة: «فإن حكم على ظاهر الإسلام ثمّ بان له فسقهما نقض الحكم» «۱».

ثمّ إنّ إطلاق النقض باعتبار الظاهر و أمّا حسب الواقع فلا- حكم حتى يُنقض و على كل تقدير إنّ جواز النقص مبنيّ على كون العدالة، شرطاً واقعياً، لا شرطاً علمياً و ذلک لانصراف الأدلّة إلى أنّ العدالة بوجودها الواقعی شرط فقوله سبحانه: (وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) (الطلاق/ ۲) و قوله عليه السلام: «أحكام المسلمين على ثلاثة: شهادة عادلة ...» «۲» مثل قول القائل: «إذا غسلته فی الكرّ» فی أنّ الموضوع هو العدل الواقعی كالكرّ الواقعی، لا المحرز منهما و إن لم يكونا كذلک.

أضف إلى ذلک أنّ أخذ العدالة شرطاً فی الشاهد ليس أمراً تعبّديّاً بل لأجل صدّه عن اقتراف الكذب و شهادة الزور و من المعلوم أنّه لا يترتّب إلّا على وجودها الواقعية لا الذهنية.

نعم ذهب الأصحاب فی باب صلاة الجماعة إلى كونها شرطاً علمياً و ذلک لما رواه على بن أبی راشد عن أبی جعفر الجواد عليه السلام، أنّه قال: «لا تصلّ إلّا خلف من تثق بدينه» «۳» و رواه الشيخ فی التهذيب مضيفاً إليه كلمة «و أمانته» مستظهرين بأنّ المتبادر منه هو كون الشرط هو الوثوق الذی هو أمر قلبی لا واقعی. و لكن الاستظهار فی غير محلّه، و ذلک لأنّ المتبادر من أمثاله، هو كون

---

(۱) الوسيلة: ۲۱۰. و لاحظ كلام الشيخ فی المبسوط: ۸/ ۲۴۹.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶.

(۳) الوسائل: الجزء ۵، الباب ۱۰ من أبواب صلاة الجماعة، الحديث ۲.

العلم مأخوذاً على وجه الطريقية لا الموضوعية و بما أنّ فی المسألة دليلًا غير هذا، نقول بما ذهب إليه المشهور من كفاية إحراز العدالة فی صحّة الجماعة لا فی المقام.

ثمّ إنّ كونها شرطاً واقعياً يتصوّر على وجوه:

۱- أنّها شرط فی حقّ القاضی فقط فلو وقف على فسقهما نقض حكمه، و إلّا يكفی إحرازه و إن كان خطأ فی وجوب ترتيب الأثر على آخرين فليس لهم حقّ النقض و إن علموا فسق الشاهدين، مثلًا إذا طلق القاضی عند شاهدين و قد أحرز عدالتهما و إن كانا فاسقين عند الآخرين، يجب عليهم ترتيب الأثر و المعاملة معها معاملة المطلّقة.

۲- شرط فی حقّ كل من له صلاحية القضاء فلو قضی بشاهدين و قد أحرز عدالتهما، و لكن ثبت عند الآخرين فسقهما، جاز لهم النقض لأنّ علمهم بفسقهما كعلم القاضی به فی كونه مجوّزاً للنقض.

۳- شرط فی حقّ جميع المكلفين من غير فرق بين من له القضاء و غيره و كون العامی عاجزاً عن إحراز شرائط العمل بالبيّنة، لا يكون

سبباً لعدم توجّه الخطاب إليه، كما أنّ عدم تمكّنه من إحراز شرائط العمل بالخبر الواحد الوارد فى الأحكام، لا يكون سبباً عن انصراف الخطاب عنه غاية الأمر ينوب القاضى و المجتهد عنه فيما يعجز لا فيما لا يعجز فإذا وقف العامى على فسق الشاهدين فله نقض حكم القاضى أخذاً بعموميّة الخطاب.

لكن لا سبيل إلى الاحتمال الثالث: لما أفاده المحقّق الرشتى من أنّه يترتّب عليه من المفاسد التى لا يظنّ بالتزام أحد إيّاها مثل سماع قول كلّ من يتمرّد من قبول حكم الحاكم و إن لم يكن من أطراف المرافعة مدّعياً فسق الشهود فلا يكون علم غير الحكّام بفسق الشهود مؤثراً فى جواز النقض و حينئذ يدور الأمر بين القولين و الأظهر هو القول الثانى فلا يجب عليهم إنفاذ الحكم المستند إلى البيّنة الفاسقة، إذا كانوا عالمين لها.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٨٠

نعم قلنا ليس للعامى نقض الحكم و إن كان من أطراف المرافعة لكن للمحكوم عليه، جرح الشهود قبل الحكم، أو إقامة الدعوى على القاضى بأنّه حكم بشاهدين فاسقين، أو لم يتفحّص عن الجارح، و لكنّه غير صلاحيّة كلّ المكلّفين، بنقض الحكم كما لا يخفى.

و هل الفسق حال الحكم كالفسق حال أداء الشهادة أو لا؟ ذكروا فيه وجهين:

قال الشيخ: و إذا حكم بشهادتهما بظاهر العدالة عنده نفذ حكمه، فلو ثبت أنّهما فاسقين حين الحكم بشهادتهما لم ينقض الحكم و الأوّل أحوط عندنا، و الثانى تدلّ عليه رواياتنا، غير أنّه إذا علم أنّهما كانا فاسقين حين الشهادة نقض حكمه «١».

أقول: لا شكّ فى عدم تأثير الفسق بعد الحكم إنّما الكلام فى تأثير الفسق الطارئ بعد الإقامة، و قبل الحكم ففيه وجهان. و الظاهر كفاية وجود العدالة حال الأداء التى تصدّه عن الكذب و الشهادة بالزور، و إنّ زلّ قدمه بعد الأداء، إذ لا تأثير لبقاء عدالته بعد الأداء.

ثمّ إنّ المحقّق طرح فى المقام بأنّه «لا يجوز التعويل فى الشهادة على حسن الظاهر» و سيوافيك البحث عنه فى كتاب الشهادات فانتظر.

۴- فى تزكية الشاهد أو جرحه

إذا قامت البيّنة و لم تعرَف حالُها توقّف القاضى عن الحكم، حتّى تعلَم هويّة الشاهدين بالفحص عن حالهما حتّى يقف على تعديل أو جرح فهناك فروع:

أ: ينبغى أن يكون السؤال عن هويّة الشاهد من حيث العدالة و الفسق سرّاً

---

(١) الطوسى: المبسوط ٨/ ١٠٥١٠۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٢٨١

من غير أن يعلم الشاهد.

ب: هل يكفى فى التعديل و الجرح الإطلاق أو لا بدّ من التفسير؟

ج: يفتقر التعديل إلى المعرفة الباطنة المتقادمة.

د: لا يفتقر الجرح إلى تقادم المعرفة.

أمّا الأوّل: فينبغى أن يكون سرّاً، من غير اطّلاع الشاهد، لأنّه يكون أبعد من التهمة إذ لو كان التحقيق بحضوره، أو مع اطّلاعه ربّما توقف المزكّى أو الجارح عن بيان الواقع فربّما يزكى خوفاً أو حياء، بخلاف ما إذا كان بعيداً عن حضوره أو اطّلاعه.

قال الشيخ: و يكون المسألة عنه سرّاً لأنّه ليس المقصود هتك الشهود، فإذا كان جهراً ربّما انكشف عليه ما يُفتضح به، و لأنّه إذا كان جهراً ربّما توقّف المزكّى عن ذكر ما يعرفه فيه حياء، و مراعاة حقّ، و لأنّه قد يخاف المشهود عليه .... «١»

و أمّا الثانی: فالأقوال فیه خمسهٔ:

۱- ما نسب إلی المشهور من کفایهٔ الإطلاق فی العدالهٔ و لزوم التفسیر فی الجرح.

۲- من لزوم التفسیر فی کلا الأمرین و هو خیرهٔ الشهید فی المسالک.

۳- من کفایهٔ الإطلاق فیهما و استحسنه الشهید الثانی فیما إذا کان المزکّی مقلّداً للحاکم أو موافقاً معه فی أسباب الفسق و کفایهٔ الإطلاق أیضاً خیرهٔ الجواهر.

۴- یلزم التفسیر فی التعدیل دون الجرح علی خلاف ما هو المشهور نسبه فی المسالک إلی العلّامهٔ.

---

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۰۷.

۵- یکفی الإطلاق إذا کان المزکّی و الجارح عالمین بأسبابهما و إلّا لزم ذکر السبب فیهما. «۱»

و لنذکر بعض کلمات الفقهاء فی المقام:

۱- قال الشیخ: فإذا ثبت أنّ الجرح مقدّم علی التزکیهٔ فإنّه لا یقبل الجرح إلّا مفسّراً و یقبل التزکیهٔ من غیر تفسیر و قال قوم یقبل الأمران معاً مطلقاً و الأوّل أقوی عندنا لأنّ الناس یختلفون فیما هو جرح و ما لیس بجرح، فإنّ أصحاب الشافعی، لا یُفسِّقُون من شرب النبیذ و مالک یفسقه و من نکح المتعهٔ فی الناس من فسّقه، و عندنا أنّ ذلک لا یوجب التفسیق، بل هو مباح مطلق، فإذا کان کذلک لم یقبل الجرح إلّا مفسّراً لئلا یجرحه بما هو جرح عنده و لیس عند القاضی، و یفارق الجرح التزکیهٔ لأنّ التزکیهٔ إقرار صفهٔ علی الأصل فلهذا قبلت من غیر تفسیر، و الجرح إخبار عمّا حدث من عیوبه، و تجدّد من معاصیه فبان الفصل بینهما. «۲»

۲- و قال فی الخلاف: لا یقبل الجرح إلّا مفسّراً، و تقبل التزکیهٔ من غیر تفسیر و به قال الشافعی و قال أبو حنیفهٔ: یقبل الأمران مطلقاً فقاس الجرح علی التزکیهٔ. دلیلنا: الناس یختلفون فیما هو جرح و ما لیس بجرح فیجب أن یفسّر فإنّه ربّما اعتقد فیما لیس بجرح، أنّه جرح، فإذا فسّره عمل القاضی بما یقتضی الشرع فیه من تعدیل أو جرح. «۳»

و قال المحقّق: و تثبت (العدالهٔ بالشهادهٔ بها) مطلقهٔ و لا یثبت الجرح إلّا مفسّراً. «۴»

و قال ابن سعید: و لا یقبل الجرح إلّا مفسّراً بخلاف العدالهٔ. «۵»

---

(۱) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۰۳۴۰۲ و الأردبیلی، مجمع الفائدهٔ: ۱۲/ ۷۶ و قد ذکر أقوالًا أربعهٔ.

(۲) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۰۹.

(۳) الطوسی، الخلاف: ۳ کتاب القضاء، المسألهٔ ۱۳.

(۴) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۷۷.

(۵) ابن سعید الحلی، الجامع للشرائع: ۵۳۰.

و قال العلّامهٔ: و یفتقر المزکّی إلی المعرفهٔ الباطنهٔ المفتقرهٔ إلی تکرّر المعاشرهٔ و لا یجب التفصیل و فی الجرح یجب التفسیر علی رأی. «۱»

و علی کلّ حال فقد قیل إنّ المشهور هو الاکتفاء بالإطلاق فی التعدیل دون الجرح و استدلّ له بوجوه:

۱- إنّ العدالهٔ لا تتحقّق إلّا بفعل أُمور کثیرهٔ و ترک أُمور مثلها، غیر أنّ ذکرها موجب للعسر فلا محیص من الإجمال بأن یقول: رأیته مواظباً علی الطاعات و ترک المحرّمات زماناً معتدّاً، و أمّا إیجاب التفصیل فیؤول إلی تعطیل الأحکام و لیس ذلک فی الجرح و

يكفى فيه ذكر اقتراف معصية واحدة. «۲»

يلاحظ عليه: إذا كان المراد من التعديل الإجمالى هو قول المزكّى أنّه عادل يكون المراد من التعديل التفصيلى، قريباً ممّا يلى: عاشرت معه فترة مطلعة و رأيت أنّه كان يواظب الواجبات و يترك المحرّمات و ما يعدّ خلاف المروءة. و ليس التكلّم بمثل ذلك أو بأكثر منه أمراً معسوراً على أنّ كونه معسوراً يوجب سقوط المقدار المعسور، لا أصل التفصيل.

۲- إنّ الجارح قد يتبنّى الجرح عن ظنّ خطأ، و اشتباهاً و نسياناً.

يلاحظ عليه: أنّه أمر مشترك بين العدالة و الجرح، و ربّما يحكم بقيامه بالواجبات و ترك المحرّمات عن خطأ و عن اشتباه و نسيان.

۳- إنّ المذاهب فيما يوجب الفسق مختلفة فلا بدّ من البيان ليعمل القاضى باجتهاده.

يلاحظ عليه: أنّ الاختلاف فى سبب الفسق يقتضى الاختلاف فى أسباب العدالة فإنّ الاختلاف مثلًا فى عدد الكبائر كما يوجب فى بعضها ترتّب الفسق على

---

(۱) العلّامة الحلّى، إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۴۱.

(۲) زين الدين العاملى، المسالك ۲/ ۴۰۲، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۷۶.

فعله، يوجب فى بعض آخر عدم قدحه فى العدالة بدون الإصرار عليه فيزكّيه المزكّى مع علمه بفعل ما لا يقدح عنده فيها و هو قادح عند الحاكم.

و الحاصل أنّه لو كان سبب التفصيل فى الجرح هو احتمال الاشتباه و السهو فى ارتكاب الخلاف، أو اختلاف العلماء فى أسبابه فهما أمران مشتركان لا ينحصر بالجرح و لأجل ذلك يصبح التفصيل المشهور أمراً غير تام.

و أضعف منه القول الرابع المنسوب إلى العلّامة من لزوم التفصيل فى العدالة، دون الجرح.

و مثله القول الخامس من التفصيل بين وحدة النظر بين المزكّى و القاضى فيكفى الإطلاق، و إلّا فيجب عليه التفصيل مطلقاً. و ذلك لأنّه خارج عن محلّ النزاع كما هو اللائح من كلام المحقّق الأردبيلى. «۱»

فبقى القولان و هو الاكتفاء بالإجمال مطلقاً، أو التفصيل مطلقاً. و الظاهر هو كفاية الأوّل و ذلك بوجوه:

الأوّل: أنّ الأصل هو حمل عبارة الشاهد على الواقع و إن كان هناك اختلاف بينه و بين القاضى، من غير فرق بين الموضوعات الصرفة الخارجية كالماء و التراب و النار و الرماد و الهلال و البدر، أو الموضوعات الاعتبارية المتعلّقة للأحكام كالملكيّة و الحرّيّة و الزوجيّة و البيع، سواء كان هناك اختلاف فى أسبابها كما فى هذه الأمثلة، أو فى مفاهيمها كالعدالة و الفسق و ذلك إمّا لعموم حجّية قول العدل إلّا إذا علم الاستناد فى الشهادة إلى الأسباب الفاسدة، أو لأُمور غير صحيحة كالجرح بما ليس بخارج عند القاضى و إمّا لاعتبار حمل الفعل على الصحيح الواقعى، كما هو المحقّق فى باب أصالة الصحّة فإذا شكّ فى صحّة عمل، و لو مع العلم بالاختلاف بين الفاعل و الحامل، يحمل على الصحّة.

---

(۱) الأردبيلى: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۷۶.

و لأجل ذلك يسمع قول الشاهد إذا شهد بالتطهير و التنجيس و البيع مع وجود الاختلاف فى أسبابها.

الثانى: إنّ قدح عمل فى عدالة الشاهد تابع لاعتقاده أنّه قادح فيها أولا اجتهاداً، فلو فرضنا انّ الجارح أطنب فى الكلام و ذكر شيئاً قادحاً للعدالة عنده و وصل إليه القاضى و لم يعلم كونه قادحاً عند الشاهد كبيع الدهن الذى لاقى عرق الجنب من حرام لاحتمال

اعتقاده بطهارته اجتهاداً أو تقليداً و إن كان نجساً عند الجارح و القاضى فالتفصيل فى الجرح لا يوصله إلى عقيدة الشاهد التى هى الملاك فى كون العمل قادحاً أو لا.

و بذلك تعلم حال ما ذكره المحقّق الآشتيانى فى المقام قال ما هذا حاصله:

إنّ معنى حجّية قول العادل هو نفى الكذب عنه و أمّا جعل ما أخبر به، أمراً واقعاً فى الخارج فهو ممّا لا يستفاد من أدلّة الحجّية لاحتمال الاشتباه فى الإخبار فلا بدّ من الرجوع إلى الأدلّة الأُخر فحينئذ إذا كان المخبر به أمراً حسيّاً كنقل الراوى كلام الإمام. يجرى الأصل المتّفق عليه، و هو أصالة عدم الخطأ فى الحقّ و عدم الاشتباه فى الرواية و الحسّ.

و أمّا إذا كان حدسياً فإن كان ما أخبر عنه نفس الحكم الشرعى كإخبار المجتهد عن الحرمة و الوجوب فهو ممّا قام الإجماع على وجوب تصديقه فى حقّ المقلّد.

و أمّا إذا كان المخبر به، الموضوع الذى تعلّق به الحكم الشرعى و كان طريق ثبوته مختلفاً فيه حسب اعتقاد المجتهدين كما فى الفسق فلا يجب فيه تصديق العادل حتّى يشهد تفسيراً حتّى ينتقل الحاكم فى كلامه إلى نفس ما انتقل إليه المزكّى. «۱»

---

(۱) الآشتيانى، كتاب القضاء: ۶۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۸۶

يلاحظ عليه بوجهين:

أوّلًا: أنّ لازم ذلك عدم قبول الشهادة على الزوجيّة و الملكيّة التى تختلف فيها أنظار العلماء من حيث الأسباب حيث إنّهما و إن كانا ينتهيان إلى الأسباب الحسّية لكن لأجل اختلافهم فى أسبابهما لا يجب فيه تصديق العادل حتى يشهد تفسيراً لينتقل الحاكم من كلامه إلى نفس ما انتقل إليه الشاهد بهما.

و ثانياً: أنّ اختلاف الجارح و القاضى فى كون عمل معصية كبيرة عند الجارح و معصية صغيرة عند القاضى لا يكون مؤثراً فى المقام، و إنّما المؤثر اعتقاد الشاهد الفاعل فى كونها صغيرة أو كبيرة اعتقاداً ناشئاً عن اجتهاد أو تقليد فلا فائدة فى وصول القاضى إلى نفس ما وصل إليه المزكّى، بل لو وجب التفصيل يجب أن يكون على وجه يصل القاضى إلى عقيدة الشاهد بالنسبة إلى الفعل الذى ارتكبه، هل كان يراه محرّماً أو مباحاً و المفروض أنّ التفصيل فى المقام لا يوصل القاضى إليه.

الثالث: صحيح يونس بن عبد الرحمن عن بعض رجاله عن أبى عبد الله: خمسة أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم: الولايات، و التناكح، و المواريث، و الذبائح، و الشهادات ... «۱» و قد تقدّم أنّ مفاد الحديث بشهادة ذيله أعنى: «و لا يسأل عن باطنه» هو قبول شهادة الشاهد و الأخذ بظاهر قوله من دون لزوم السؤال عن مصدر شهادته و سببها.

و أمّا الثالث و الرابع تقادم المعرفة فى التعديل و الجرح و عدمه فقال المحقّق: تفتقر العدالة إلى المعرفة الباطنة المتقادمة و لا يحتاج الجرح إلى تقادم المعرفة و ذلك لأنّ العدالة سواء فسّرت بالملكة أو بحسن الظاهر، لا يثبت إلّا بالمعرفة المتقادمة أمّا الملكة فواضح و أمّا حسن الظاهر، فإنّ المراد عدم رؤية شىء منه سرّاً و جهراً إلّا الحسن و هو يتوقّف على مرور زمان. و أمّا الجرح فيكفى العلم بموجب الجرح كالكذب أو الغيبة و لو مرّة واحدة من غير تقادم المعرفة.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۸۷

اعلم أنّ دخول التعديل و الجرح فى باب الشهادة، غير دخولهما فى باب الدعاوى التى يعتبر فيها التعدّد و الظاهر جواز الاكتفاء فيهما بواحد من المزكّى و الجارح.

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء؛ ج ۱، ص: ۲۸۷

توضیحه: أنّا قوّینا فی محلّه «۱» حجّیة خبر العدل فی الأحکام و الموضوعات، خرج عنه باب الدعاوی لقوله: إنّ البیّنة للمدّعی و الیمین علی المدّعی علیه «۲» و مثله ما اعتبر الشارع فی ثبوته التعدّد کالهلال، و القدر المتیقّن من هذه الروایات ما یدخل فی عنوان الادّعاء، فیرجع فی غیره إلی عموم حجّیة خبر العدل، اللّهمّ إلّا أن یتأمّل فی کفایة العدل الواحد بما تقدّم فی کفایة المترجم الواحد فلاحظ.

۵- فی اختلاف المزکّی و الجارح

إنّ اختلاف المزکّی و الجارح علی قسمین:

تارة یرجع الاختلاف إلی وقوف واحد منهما علی ما لم یقف علیه الآخر من دون أن یکون هناک تکذیب من أحدهما بالنسبة إلی الآخر، و أُخری إلی التکاذب، بأن یخطّئ کلّ الآخر، و یکذّبه، و لأجل ذلک یعبّر المحقّق عن الأوّل بالاختلاف و عن الثانی بالتعارض و إلیک بعض النصوص.

قال الشیخ فی الخلاف: «إذا شهد اثنان بالجرح و شهد آخران بالتعدیل وجب علی الحاکم أن یتوقّف و قال الشافعی: یعمل علی الجرح دون التعدیل. و قال أبو حنیفة: یقبل الأمران فیقاس الجرح علی التذکیة. دلیلنا إذا تقابل الشهادتان و لا ترجیح لأحد الشاهدین وجب التوقف. «۳»

قال المحقّق: و إذا اختلف الشهود فی الجرح و التعدیل، قدّم الجرح لأنّه

---

(۱) السبحانی، کلّیات فی علم الرجال: ۱۵۹-۱۶۰.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۳.

(۳) الطوسی، الخلاف: ۳، کتاب القضاء، المسألة ۱۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۸۸

شهادة بما یخفی علی الآخرین، و لو تعارضت البیّنتان فی الجرح و التعدیل قال فی الخلاف: توقّف الحاکم و لو قیل یعمل علی الجرح کان حسناً. «۱»

أقول: لا بدّ من البحث فی موردین: فتارة فی اختلاف المزکّی و أُخری فی تعارضهما.

أمّا الاختلاف، فإن کان علی وجه الإطلاق بأن یقول المزکّی، عادل و الجارح أنّه فاسق، فوجه تقدیم الجارح، لعدم وجود التعارض بینهما، لأنّ الأوّل یدّعی أنّه ذو ملکة رادعة و أنّه لم یرَ منه طول المعاشرة، أیّة معصیة، و الجارح لا ینکر الملکة، غایة الأمر یدّعی أنّ المیول النفسانیة غلبت علیها و أنّه رأی منه ما یوجب الفسق فهو یدّعی شیئاً لا یدّعیه المزکی، لا أنّه ینکره.

و ربّما یعکس الأمر، فالمزکّی یدّعی ما لا یدّعیه الآخر، کما إذا قال الجارح: صدر منه یوم کذا معصیة، قال المزکّی: لکنّه تاب عنه فی مشهد منّی ثمّ مارسته و خالطته بعد ذلک فوجدته ذا ملکة بعدها و لم یصدر منه ما ینافیها، و بذلک یظهر أنّ إطلاق کلام المحقّق أنّه یقدّم الجارح لیس بتامّ. لا بدّ أن یقال: یقدّم قول من یدّعی شیئاً لا یدّعیه الآخر بمعنی لا یکذّبه فهو تارة ینطبق علی قول الجارح و أُخری علی قول المزکّی.

أمّا إذا کانت الشهادة بنحو التعارض کأن شهد الجارح بفعل المعصیة فی وقت و مکان کذا و شهد المزکّی بأنّه کان فی ذلک الزمان فی غیر ذلک المکان و کان متفرغاً للعبادة مثلًا.

ففیه وجهان:

الأوّل: ما عرفته من الشیخ من التوقّف و ذلک لأنّ مقتضی القاعدة فی تعارض الأمارات هو سقوطهما عن الحجّیة. لا الرجوع إلی المرجّحات لأنّ الأصل

(۱) الشرائع: ۴/ ۷۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۸۹

فیما شکّ فی اعتباره من الظنون استقلالًا و ترجیحاً هو عدم الحجّیة، لأنّه لا فرق فی الاحتجاج بین الاستقلال، أو الترجیح و ادّعاء أنّ سیرة العقلاء فی المقام علی متابعة أقرب الطریقین إلی الواقع و أرجحهما، غیر ثابت بل الظاهر هو السقوط. نعم خرج باب الأحکام الشرعیة ففیه یرجع إلی المرجّحات أخذاً بالنصوص کالمقبولة و غیرها، ثمّ إنّ الشیخ الطوسی عبّر عن سقوطهما بالتوقّف و أمّا ما ذا یصنع القاضی بعد التوقف فسیوافیک المراد منه.

الثانی: ما ذکره المحقّق من أنّه: «لو قیل یعمل علی الجرح کان حسناً» و أیّده فی الجواهر باعتضاد بیّنة الجارح بأصالة عدم حصول سبب الحکم فیبقی المنکر مثلًا حینئذ علی حجّته بلا- معارض. ضرورة عدم الفرق فی العمل بین الجرح الثابت و بین عدم ثبوت العدالة. «۱»

یلاحظ علیه أوّلًا: أنّ الأصل عند التعارض مرجع لا مرجّح فلا یصحّ قوله: «باعتضاد بیّنة الجارح بالأصل» لما قد حقّق فی الأُصول من أنّ الترجیح فرع وحدة الرتبة بین المرجّح وذی الترجیح، و لیس الأصل فی درجة البیّنة.

و ثانیاً: أنّ المرجع بعد التعارض هو قوله: «و الیمین علی المدَّعی علیه» فتصل النوبة إلی الاستحلاف من دون حاجة إلی اعتضاده بالأصل المزبور. فتترک بینة المدّعی لأجل تعارض التذکیة الجرح و یطلب من المنکر فی الواقعة، الیمین.

هذا و الظاهر أنّ الثمرة بین القولین: (التوقّف أو العمل بقول الجارح) یظهر فی صورة واحدة، و هی تفسیر التوقّف فی کلام الشیخ، بالتوقّف المطلق و ترک القضاء و دعوة الطرفین إلی المصالحة، فعلی قول الشیخ یرجع إلی المصالحة و علی قول المحقّق یعمل بمقتضی قول الجارح و هو استحلاف المنکر.

و أمّا إذا قلنا إنّ مراد الشیخ، هو التوقّف عن القضاء ببیّنة المدّعی، لا التوقّف عن القضاء علی وجه الإطلاق فیلزم العمل بمقتضی إنکار المنکر

(۱) النجفیّ: الجواهر: ۴۰/ ۱۲۲۱۲۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۲۹۰

أعنی: «و الیمین علی المدَّعی علیه»، فتکون النتیجة علی کلا القولین واحداً.

و یظهر من الجواهر ترجیح المعنی الأوّل و هو التوقّف عن الحکم أصلًا حتّی بیمین المنکر الذی لم تعلم حجّیته فی هذا الحال باعتبار وجود بیّنة المدّعی و إن کان لا عمل علیها باعتبار معارضتها ببیّنة الجرح و حینئذ یکون میزان الحکم مجهولًا لانسیاق الأدلّة فی غیر هذا الفرض فیرجع إلی الصلح أو غیره. «۱»

یلاحظ علیه: لا وجه لانصرافها عن هذه الصورة إذ المتقدّم من بیّنة المدّعی علی یمین المنکر، هو الحجّة منها و التی یصلح للاحتجاج و أمّا ما لا یصلح له، و کان إقامتها و عدمها سیّان فلا تکون مانعاً من الرجوع إلی مقتضی إنکار المنکر و هذا مثل ما إذا أقام بیّنة لم تعرف بعدل أو غیره.

المسألة التاسعة: فی تفریق الشهود

إذا أُقيمت البيّنة على المدّعى. فإن كان القاضى عالماً بصدقها أو ظانّاً به أو غير واقف بشىء من صدقها و كذبها، فيقضى بها إذا طلب المدّعى صدور الحكم و لا يجوز التأخير الحاكى عن المساهلة فى الانتصاف و أخذ الحقّ و دفعه لذيه.

إنّما الكلام إذا كانت هناك ريبة فى شهادة الشهود و مظنّة على كذبهم، إمّا لاحتمال تواطئهم على التزوير، أو لالتباس الأمر عليهم لأجل افتقادهم البصيرة اللازمة و الذهن القوىّ. فهل يجوز له القضاء بحجّة اكتمال أركان القضاء أو يلزم عليه التثبت إلى أن ترتفع الريبة بظهور سيماء الحقيقة؟ الظاهر هو الثانى و ذلك لوجهين:

الأوّل: انصراف عمومات القضاء و خصوص ما دلّ على أنّ البيّنة للمدّعى و اليمين على المدّعى عليه عن مثل هذه الصورة التى يتمكّن القاضى من رفع

---

(١) النجفى: الجواهر: ۴۰/ ۱۲۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۹۱

الغشاء و التزوير عن وجه الحقيقة بطريق سهل غير عسير.

الثانى: ما ورد فى الآيات و الروايات من لزوم القضاء بالحقّ قال سبحانه: (يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَ لَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ) (ص/ ٢۶) فالواجب هو القضاء بالحقّ مهما أمكن، و لا شكّ أنّ التثبت فى المقام و التحقيق عن صدق مقالهم أو كذبه، أقرب إلى الحقّ من التسرّع إلى القضاء فيكون واجباً.

و بذلك يظهر أنّه لا حاجة فى إيجاب التثبت إلى الاستدلال بعمل دانيال، أو داود عليهما السَّلام إذا كانت نفس أدلّة القضاء كافية فى إثباته حتّى يستشكل بنسخ شرائعهم بشريعتنا، و يجاب بأنّه لا ينافى الأمر ببعض ما كان عندهم، إذ المسلَّم منعه التعبّد بشرعهم من حيث إنّه مشروع عندهم لا مطلقاً. «۱» و ذلك لأنّ ما ذكره من الإشكال و الجواب تبعيد للمسافة بعد إمكان استفادة ذلك من نفس الأدلّة.

و من طرق التثبت هو تفريق الشهود تارة، و المتّهمين أُخرى و قد قام بهما على عليه السلام فتارة فرّق الشهود، و استنطق كلّ واحد بعيداً عن الآخر كما فى قصّة يتيمة شابّة تربّت فى بيت رجل و خافت امرأة الرجل من أن يتزوّجها (زوجها) فرمتها بالفاحشة و أقامت البيّنة من جاراتها «۲» و أُخرى فرّق المتّهمين بالقتل، المنكرين له كما فى حديث جماعة خرجوا إلى السفر فرجع الجميع إلّا واحد منهم، فرفع ابن المفقود الشكوى إلى أمير المؤمنين قال: هؤلاء النفر خرجوا و أبى معهم فى السفر فرجعوا و لم يرجع إلىّ فسألتُهم عنه، فقالوا مات فسألتُهم عن ماله فقالوا ما ترك مالًا فقدّمتهم إلى شريح فاستحلفهم، و قد علمت أنّ أبى خرج و معه مال كثير فقال أمير المؤمنين عليه السلام: و الله لأحكمنّ بينهم بحكم ما حكم به قبلى إلّا داود، إلى

---

(١) النجفى: الجواهر: ۴۰/ ۱۲۲.

(٢) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۹۲

آخرها. «۱»

و يستفاد من الروايات بعد التأمّل فيها عدم اختصاص التثبت بالتفريق بل للحاكم التوصل إلى معرفة الحقّ بما يراه فى ذلك الوقت مما لا ينافى الشرع و عليه لو كانت للحكومة دائرة خاصّة تسجّل أسماء الجانين و هويّاتهم ففى إمكان القاضى الاستعانة من ملفّاتهم أو غير ذلك من الطرق المبيّنة للحق. كما استعان على عليه السلام بالتكبير، و إراءة السيف و ما عرّف به نفسه إلى غير ذلك كما ورد فى

الروايتين.

ثمّ إنّ الشهيد الثانى خصَّ التفريق بما قبل الاستزكاء إن احتيج إليه «۲» و أضاف إليه فى الجواهر فقال: «بل ظاهره حتى مع الريبة لعدم ثبوت مانعيتها عن الوزن بالميزان الشرعى الموضوع للوزن به بين الناس» «۳» و معنى ذلك أنّه بعد الاستزكاء يسقط التثبت سواء كان هناك ريبة أو لا. و لكن الظاهر، عدم اختصاصه بما قبل الاستزكاء فإنّ عروض الريبة، مطلقاً يصدّ الفقيه عن التمسّك بالعمومات، لما عرفت من حديث الانصراف، أو لزوم القضاء بالحقّ مهما أمكن كما أنّ له التفريق من أوّل الأمر عند سماع الشهادة و إن لم تكن ريبة لإطلاق قوله تعالى: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ) (البقرة/ ۲۸۲).

و تصوّر كونهم عدولًا بالاستزكاء يُغنى عن التثبت و يرفع الريبة مدفوع بأنّ العدالة تصدّ صاحبها عن الكذب غالباً و لكن ربّما يصير مغلوباً للميول النفسانية، و بذلك يظهر أنّه ربّما يكون التثبت واجباً لا مستحبّاً و يصبح التفرق المحقّق له مثله فى الحكم، نعم الوجوب يتعلّق بالعنوان و هو التثبّت، و التفريق و كلّ ما يحقّقه مصداق له.

ثمّ إنّ المحقّق ذكر فى المسألة الرابعة عشرة، ما يعدّ تكميلًا لما ذكر فى المقام و سيوافيك نصُّه هناك.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۰ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۲) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۰۲.

(۳) النجفى: الجواهر: ۴۰/ ۱۲۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۹۳

المسألة العاشرة: ما هو المعتبر فى الجرح و التعديل؟

المعروف بين المتأخّرين أنّه يشترط فى مستند الشهادة على الجرح العلم أو الشياع الموجب للعلم بخلاف الشهادة على العدالة.

قال المحقّق: لا يشهد شاهد بالجرح إلّا مع المشاهدة لفعل ما يقدح فى العدالة أو أن يشيع ذلك فى الناس شياعاً موجباً للعلم و لا يعوّل على سماع ذلك من الواحد و العشرة لعدم اليقين بخبرهم. «۱» و تقييده الفعل ب «ما يقدح فى العدالة» لأجل التحرز عن مشاهدة نفس الفعل من دون إحراز أنّه يقدح فيها كما إذا شاهد شرب الخمر و لكن يحتمل أن يكون عن إكراه مسوِّغ أو لمداواة.

و قال العلّامة: و يحرم الشهادة على الجرح إلّا مع المشاهدة أو الشياع الموجب للعلم. «۲»

و قال فى القواعد بمثل ما قاله المحقّق فى الشرائع. «۳»

و قال الشهيد الثانى: المعتبر فى التعديل، الخبرة الباطنة الموجبة لغلبة الظنّ بالعدالة و أمّا الجرح فلا يكفى فيه مطلق الظنّ إجماعاً بل لا بدّ فيه من العلم بالسبب إمّا بالمشاهدة بأن يراه يزنى أو يشرب الخمر أو يسمعه يقذف أو يقرّ على نفسه بالزنا أو شرب الخمر و أمّا إذا سمع من غيره فإن بلغ المخبرون بهذا التواتر جاز الجرح لحصول العلم، و إن لم يبلغوا حدّ العلم لكنّه استفاض و انتشر حتّى قارب العلم ففى جواز الجرح به وجهان، من أنّه ظنّ و قد نهى الله عن اتّباعه إلّا ما استثنى، و من أنّ ذلك ربّما يكون أقوى من البيّنة المدّعية للمعاينة و يظهر من

---

(۱) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۷۷.

(۲) العلّامة الحلى، ارشاد الأذهان: ۲/ ۱۴.

(۳) مفتاح الكرامة: ۱۰، قسم المتن: ۴۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۲۹۴

المصنف (المحقّق) و الأكثر اشتراط العلم فلا يصحّ بدونه و هو أولى. «۱»

أقول: الـذى دعاهم إلى التفريق بين الشـهادتين، أخذ العلم فى الشـهادة، و لكن لمّا كانت العدالة عندهم ملكة خفية و التكليف بالعلم حرج منفى فاكتفوا بغير العلم، بخلاف الجرح، إذ ليس أمراً مخفياً، بل يسهل الوقوف عليه بالمشاهدة أو بالشياع المفيدين للعلم، مضافاً إلى ثبوتهما بالبيّنة.

يلاحظ عليه: تارة بالنقض بما تقرّر فى الأُصول من أنّه يكفى فى جرح الراوى، شـهادة واحد بل يثبت بالكُتُب و بشهادة مصنّفهم به مع عدم مشاهدته للجارح، و عدم ثبوت جرحه عنده بالتواتر و نحوه بل ينقله عن واحد و يرويه فى كتابه.

و أُخرى بالحلّ و هو أنّ الملكة و إن كانت باطنية إلّا أنّ آثارها تدلّ عليها و يحصل القطع بها منها بكثرة المعاشـرة و الصـحبة كما هو الشأن فى سائر الملكات فإنّ الإنسان يقطع بأنّ زيـداً شـجاع أو كريم لما رآه غير مرّة من إقـدامه فى الحروب و إعطاءه فى المسـغبة و كـذا الشـأن فى الجبن و البخـل و كـذا ملكـة الاجتهـاد تعرف بآثارهـا و لاـ حرج ذلـك إذا كـان المزكّى عارفاً زكياً بأحوال الجرح و التعديل. «۲»

و يمكن الجواب عن الأوّل بـأنّ وجه الاكتفاء بالظنّ فى الراوى، لأجل بعـد عهـده و عـدم إمكان ملاقاته و المعاشـرة معه، فاكتُفِى فيه بالظنّ بخلاف الشاهد فإنّ تحصيل العلم بحاله ليس بمعسور.

و عن الثـانى: بأنّ تحصـيل العلم بالعدالـة، و إن كان أمراً ممكناً كما مرّ، لكنّه ليس متوفّراً، و لو اكتفى فى التعـديل بما ذكر لزم تعطيل باب القضاء و هو يطلب لنفسه عشرات العدول فى مختلف القضايا كلّ يوم و لأجل ذلك، فُرِّق بين التعديل و الجرح.

---

(۱) زين الدين العاملى: المسالك: ۲/ ۴۰۴.

(۲) العاملى، مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۴۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۲۹۵

إلى هنا تمّ ما يمكن أن يـذكر وجهاً لما هو المشهور من التفصـيل بين التعـديل و الجرح. و الـذى يمكن أن يقال إنّ العلم مأخوذ فى موضوع الشـهادة، كما هو اللائـح من الروايات، روى على بن غياث عن أبى عبد الله عليه السـلام قال: «لا تشـهدنّ بشـهادة حتّى تعرفها كما تعرف كفك» «۱» و قال الصـدوق: و روى أنّه لا تكون الشـهادة إلّا بعلم ۲، و روى المحقّق فى الشـرائع عن النبىّ و قد سـئل عن الشـهادة قـال: «هل ترى الشـمس؟ على مثلها فاشـهد أو دع». ۳ مضافاً إلى أنّ الحضور و العلم من معطيـات لفظها. فمقتضـى القاعـدة شرطية العلم فى كلتا الشهادتين: الشهادة بالتعديل و الشهادة فى الجرح، لكن الموجب للتوسّع هو ما يلى:

إنّ العلم و إن كـان مـأخوذاً فى مفهوم الشـهادة لكن أُخـذ بمـا أنّه طريق إلى الواقع لاـ بما أنّه وصف نفسانى و قـد حقّقنا فى محلّه أنّ الحجـج الشـرعية تقـوم مقـام العلـم الموضـوعى الطريقى بنفس أدلّـة حجّيتهـا، من دون حاجـة إلى دليـل، بخلاـف العلم المـأخوذ فى الموضوع بما أنّه وصف فإنّ الأمارات لا تقوم مقامها بنفس أدلّتها بل يحتاج إلى دليل آخر.

و على ضوء ذلك تصحّ الشهادة بالحجج و الأمارات لكونها قائمة مقام العلم المأخوذ فيها و هى:

۱- إذا قامت البيّنة على عدالته أو جرحه، فتصحّ الشهادة على تعديله أو جرحه اعتماداً عليها، لكونها قائمة مقام العلم.

۲- إذا أخبر العـدل، عن عدالـة الشاهـد أو جرحه، و قلنـا بحجّيـة خبر العـدل فى الموضوعـات كالأحكام (غير الـدعاوى و المرافعات) فتصـحّ له الشـهادة على أحـد الأمرين، فإنّ العلم و إن كان معتبراً فى الشـهادة لكنّه أخـذ فيها بما أنّه طريق و حجّة فتقوم الأمارة مقامها لكونها معتبرة بهذه الحيثية.

---

(۱) ۱ و ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۳۱.

٣ إذا كان واقفاً على عدالة زيد، ثمّ غاب عنه و احتمل زوالها فتصحّ الشهادة على عدالتها، لأنّ حكم الشارع على بقاء العدالة و لزوم التعبّد ببقائها يكون حاكماً على الدليل الواقعى و تكون النتيجة أنّ العلم المعتبر فيها أعم من الحقيقى و التنزيل.

و على ضوء ذلك يكون التعديل و الجرح سيّان يثبتان بالعلم و بالحجج المعتبرة، دون الظنون غير المعتبرة و إن بلغ مرتبة الظنّ الحاصل من البيّنة و خبر العدل إلّا أن يبلغ مرتبة الاطمئنان و سكون النفس الذى يعدّ علماً عرفياً، لا ظنّاً فلا يبعد الاعتماد عليه و الشهادة به.

و ممّا ذكرنا من حكومة أدلّة الحجج و الأمارات، على موضوع الحكم الواقعى يظهر عدم تمامية ما ذكره صاحب الجواهر من لزوم الاكتفاء بالعلم قال: لكن يدفعه اعتبار العلم فى الشاهد على وجه لا تقوم مقامه الحجّة شرعاً بل لو أراد ذلك على وجه الشهادة كان مدلّساً، بخلاف الشهادة على الملك باليد الدالّة عليه، باعتبار أنّ الشهادة شرعاً و عرفاً بنحو ذلك. «١» و ذلك لأنّ ما ذكره إنّما هو مقتضى الدليل الأوّلى، و لكن بعد قيام الدليل على حجّية قول العدلين بل العدل الواحد، فى الموضوعات كالأحكام، يكون معناه أنّ كل واحد يقوم مقام العلم المأخوذ فى الشهادة و إن شئت قلت: المراد من العلم فى الشهادة، هو الحجّة الشرعية لا العلم الوجدانى المنطقى كما هو المتبادر من اليقين فى أدلّة الاستصحاب.

بل الظاهر من رواية حفص بن غياث: أنّ كل ما يجوز العمل به، يجوز الشهادة به فقد وردت فى مورد الشهادة باليد، و أنّها يجوز العمل بها، فيجوز الشهادة بها. «٢»

---

(١) النجفى: الجواهر: ٤٠/ ١٢٥.

(٢) و إليك نصه عن أبى عبد اللّه عليه السَّلام قال: قال له رجل: إذا رأيتُ شيئاً فى يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنّه له؟ قال: نعم، قال الرّجل: أشهد أنّه فى يده، و لا أشهده أنّه له فلعلّه لغيره، فقال أبو عبد اللّه عليه السَّلام

و ما ذكرناه فى المقام أضيق مما جاء فى الرواية و هو أنّه تجوز الشهادة بالحجج و الأمارات القائمة مقام العلم لا أنّه يجوز بكل ما يعمل به.

و هناك طريق آخر: و هو أنّه أن يعتمد على الحجّة، و يخبر عن مضمونها بلا ضمّ لفظ الشهادة فلو أخبرت البيّنة أو العدل الواحد عن عدالة زيد، أو جرحه، فيخبر فى الحقيقة عن الواقع، لأجل قيام الدليل من دون أداءه بلفظ الشهادة، فيجب على القاضى ترتيب الأثر على إخباره و هو التعبّد بعدالته أو جرحه و إن لم تكن هناك شهادة.

المسألة الحادية عشرة: الشهادة بالاستصحاب

إذا ثبتت عدالة الشاهد حكم باستمرار عدالته حتى يتبيّن ما ينافيها و ذلك لأنّ العلم المأخوذ فى الشهادة موضوعى طريقى و المقصود هو الشهادة عن حجّة و الاستصحاب حجّة تنزيليّة و ما ذكره المحقّق من جواز الشهادة بالاستصحاب دليل واضح على أنّ المراد من العلم المأخوذ فى الشهادة، هو الحجّة الشرعية.

المسألة الثانية عشرة: فى تنظيم الملفّات

ينبغى أن يجمع قضايا كلّ أُسبوع و وثائقه و حججه و يكتب عليها، خلاصة ما فى الملفّ، بحيث إذا رجع هو أو غيره إليها، يقف على ما فيه على وجه الإجمال. فإذا اجتمع ما لشهر، كتب عليه قضاء شهر كذا، فإذا اجتمع ما لسنة، جمعه و كتب

أ فیحلّ الشراء منه؟ قال: نعم، فقال أبو عبد اللّه علیه السَّلام: فلعلّه لغیره فمن أین جاز لک أن تشتریه و یصیر ملکاً لک ثمّ تقول بعد الملک هو لی و تحلف علیه و لا یجوز أن تنسبه إلی من صار ملکه من قبله إلیک؟ ثمّ قال أبو عبد اللّه علیه السَّلام: لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۹۸

علیه، قضاء سنة کذا کل ذلک لغایة تسهیل إخراج المطلوب منه له و لمن بعده.

روی الکلینی عن عقبة بن خالد قال: قال لی أبو عبد اللّه علیه السلام لو رأیت غیلان بن جامع و استأذن علیّ فأذنت له و قد بلغنی أنّه کان یدخل إلی بنی هاشم فلمّا جلس قال: أصلحک الله أنا غیلان بن جامع قاضی ابن هبیرة إلی أن قال: قلت: کیف تقضی یا غیلان؟ قال: أکتب هذا ما قضی به فلان بن فلان لفلان بن فلان یوم کذا و کذا، من شهر کذا و کذا، من سنة کذا، ثمّ أطرحه فی الدّواوین، قال: قلت: یا غیلان هذا لحتم من القضاء. «۱»

أقول: ما جاء فی هذه المسألة یرجع إلی الشکل دون المحتوی و ما زال یتوسّع حسب توسّع المجتمعات و کثرة المراجعات و لأجله مسّت الضرورة لتأسیس دائرة خاصّة باسم دائرة قسم الملفّات و الأضابیر للموضوع، لها مسئول و موظّف، و لن یقف التنظیم لحدّ بل یتّبع متطلّبات العصر، و لم یرد فی الإسلام شکل خاصّ بل هو تابع لمقتضیات الزمان

المسألة الثالثة عشرة: فی نفقة المحضر

کلّ موضع وجبت علی الحاکم فیه کتابة المحضر، فإن حُمل له من بیت المال ما یصرفه فی ذلک وجبت علیه الکتابة و مثله ما إذا أحضر الملتمس ما یصرفه فی الکتابة، و لا یجب علی القاضی بذل الورق و الحبر و غیر ذلک إنّما الکلام فی وجوب الکتابة علیه. و الظاهر وجوبها علیه فی صورة واحدة و هی إذا توقف تنفیذ الحکم علی کتابة المحضر، و إلّا یکفی الحکم مع الإشهاد علیه و ذلک لأنّ الکتابة لها، طریقیة، فإذا توقف التنفیذ علیها، تجب، لأنّه من شئون القضاء الواجب و إلّا فلا.

(۱) الکلینی، الکافی: ۷/ ۴۲۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۲۹۹

و ربّما یتوهم الوجوب تمسّکاً بقوله سبحانه فی کتابة الدین: (یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا إِذا تَدایَنْتُمْ بِدَیْنٍ إِلی أَجَلٍ مُسَمًّی فَاکْتُبُوهُ وَ لْیَکْتُبْ بَیْنَکُمْ کاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَ لا یَأْبَ کاتِبٌ أَنْ یَکْتُبَ کَما عَلَّمَهُ اللّهُ) (البقرة/ ۲۸۲) لکن الآیة لیست ظاهرة فی الوجوب حتّی یتعدّی عن الدین إلی القضاء.

و الحقّ ما ذکرناه من التفصیل و یکفی فی الوجوب توقّف القضاء المنتج علیه.

المسألة الرابعة عشرة: فی تعنیت الشهود

لیس للحاکم أن یعنِّت الشهود إذا کانوا من ذوی البصائر و الأذهان القویة مثل أن یفرّق بینهم لأنّ فی ذلک نوع غضاضة لهم. و العنت هو إیقاع الشهود فی أمر شاقّ: و لو استلزم الامتهان لهم، یکون محرّماً لا مکروهاً و لأجل ذلک قلنا: «لیس للحاکم» مکان قول المحقّق: «یکره للحاکم»، لما عرفت من أنّه ربّما یکون حراماً و أمّا عند الریبة فقد مرّ حکمه و قلنا بأنّ القضاء بالحقّ إذا کان متوقفاً علیه، یجب علی وجه یجمع بین کرامة الشهود، و القضاء بالحقّ.

المسألة الخامسة عشرة: فی المداخلة فی کلام الشاهد

لیس للحاکم أن یُتعْتِع الشاهد و هو أن یداخل فی تلفظه بالشهادة أو یعقّبه لکلام بل یجب علیه أن یکفّ عنه حتّی ینتهی ما عنده. و ذلک لأنّ الغایة منه إمّا أخذ الإقرار إذا أراد الإنکار أو الإنکار إذا أراد الإقرار فتحرم، إذ فیه إمّا إحیاء للباطل أو إمامة للحق. نعم لو کانت الغایة هو الإعانة علیه لیبرر ما هو مقصده، فلیس بحرام و لا مکروه و لو تردّد الشاهد فی الشهادة لم یجز ترغیبه فی الإقدام علی الإقامة و لا تزهیده فی إقامتها. لما فیه من الأمر بالمنکر و النهی عن المعروف.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۰۰

نعم خرج منه حقّ الله فللحاکم إیقاف المتّهم عن الإقرار کما مرّ فی عمل القاضی بعلمه. و مرّ حدیث النبی مع «ماعز».

المسألة السادسة عشرة: فی ضیافة أحد الخصمین

یکره للحاکم أن یضیّف أحد الخصمین دون صاحبه لما فی معتبرة السکونی أنّ رجلًا نزل بأمیر المؤمنین علیه السلام فمکث عنده أیّاماً ثمّ تقدّم إلیه فی خصومة لم یذکرها لأمیر المؤمنین علیه السلام فقال له: أ خصم أنت؟ قال: نعم قال: تحوَّل عنّا فإنّ رسول الله نهی أن یضاف الخصم إلّا و معه خصمه. «۱» و المتبادر هو الکراهة. لإبعاد القاضی عن التهمة.

المسألة السابعة عشرة: فی الرشوة موضوعاً و حکماً

اشارة

الرشوة مثلث الفاء مأخوذة من رشا الفرخ. إذا مدّ رأسه إلی أُمّه لیزقَّه أی لیطعمه بمنقاره، و الرشا: رسّ الدلو، الذی یتوصّل به إلی الماء. و قال ابن فارس: «رشی» أصل یدلّ علی سبب أو تسبب لشیء برفق و ملاینة. تقول: ترشیت الرجل: لاینته، و راشیتُ الرجل: إذا عاونتَه فظاهرته.

و بإحدی المناسبات الثلاث، یطلق الرشوة علی الشیء المدفوع إلی القاضی و غیره لغایة خاصّة فعمل الراشی أشبه بعمل الفرخ، أو ملقی الدلو إلی داخل البئر، لیتوصّل به إلی الماء، لکن بمرونة و ملاینة، و لطافة.

و یقع الکلام فی أُمور:

الأوّل: الرشوة فی المعاجم و کلمات الفقهاء

۱- قال الفیّومی: الرشوة ما یعطیه الشخص الحاکم أو غیره لیحکم له أو

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۰۱

یحمله علی ما یرید.

۲- قال ابن الأثیر: الرشوة و الرشوة: الوُصلة إلی الحاجة بالمصانعة و أصله من الرشا الذی یتوصّل به إلی الماء، فالراشی من یعطی الذی یعینه علی الباطل، و المرتشی: الآخذ، و الرائش الذی یسعی بینهما، یستزید لهذا و یستنقص لهذا. فأمّا من یعطی توصّلًا لأخذ حقّ، أو دفع ظلم فغیر داخل فیه.

۳- و قال الزمخشری فی أساس البلاغة: الرِشوة بکسر، ما یعطیه الشخص للحاکم و غیره لیحکم له أو یحمله علی ما یرید.

۴- و قال الطريحى: قلّما تستعمل الرشوة إلّا فيما يتوصّل به إلى إبطال حقّ أو تمشية باطل، و هو ظاهر.

۵- و قال الفيروزآبادى: الرشوة الجُعل.

و المتحصّل من ضمّ البعض إلى بعض أنّ الرشوة، ما يتوصّل به إلى الحكم لمصالـح الدافع حقّاً كان أو باطلًا و أحسن التعابير ما ذكره الزمخشرى حيث قال: ما يعطيه الشخص للحاكم أو غيره ليحكم له.

هذه كلمات اللغويين و إليك كلمات الفقهاء بوجه موجز:

۱- قال الشيخ: و القاضى بين المسلمين و العامل عليهم يحرم على كل واحد منهم الرشوة لما روى أنّ النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم قـال: لعن الله الراشـى و المرتشى فى الحكم و هو حرام على المرتشـى بكل حال، و أمّا الراشـى فإن كان قـد رشاه على تغيير حكم أو إيقافه فهو حرام. «۱»

۲- و قال ابن إدريس: و القاضـى بين المسـلمين و الحاكم و العامل عليهم يحرم على كلّ واحـد منهم الرشوة ... إلى آخر ما نقلناه عن الشيخ بنصّه. «۲»

۳- و قال العلّامة: و الرشوة حرام على آخذها و يأثم دافعها إن توصّل بها

---

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۵۱.

(۲) ابن إدريس، السرائر: ۲/ ۱۶۶.

إلى الباطل لا إلى الحقّ و يجب على المرتشى إعادتها، و إن حكم عليه بحقّ أو باطل «۱»

۴- و قـال العـاملى: الرشوة للحكم حقّـاً أو باطلًا كما هو الحقّ فهى حرام على الراشـى أيضاً مطلقاً و لا ينبغى تعريفها بأنّها التى يشترط بإزائها الحكم بغير الحقّ، أو الامتناع من الحكم بالحقّ كما صنع بعض الأصحاب. ۲

۵- و قال السـيّد الطباطبائى: الرشوة ما يبذله للقاضى ليحكم له بالباطل أو ليحكم له حقّاً كان أو باطلًا، أو لتعلّمه طريق المخاصمة حتى يغلب خصمه. ۳

و لاـ بـدّ تخصـيص الجزء الأـخير من كلاـم السيّد الطباطبـائى بما إذا كان المتعلّم مبطلًا و إلّا فتعليم المحقِّ للغلبـة على الباطل لا يكون حراماً.

و لعلّ أغلب هذه الكلمات تهدف إلى معنى واحد و هو دفع مال أو غيره إلى القاضى ليحمله على ما يريد و هو على أقسام:

۱- أن يحمله على الحكم بالباطل.

۲- أن يحمله على الحكم بما يريد من دون تقييده بالحقّ و بالباطل.

۳- أن يحمله على الحكم بالحقّ بحيث لو لا الدفع لما حكم به قطعاً أو احتمالًا.

و الظاهر دخول الجميع تحت الرشوة كما عرفت فى كلام العاملى و جوازها لأجل قاعـدة لا ضـرر و غيرها لا يكون دليلًا على خروجها عنها موضوعاً كما سـيأتى. و تفسيرها بالبذل لإبطال الحقّ أو إحقاق الباطل تفسير بالمصداق الغالبى و حاصل مفهومها التزام القاضـى فى مقابل أخذ مال أو غيره، بعمل، لولاه لما قام به سواء كان ذلك العمل إبطالًا لحقّ أو إحقاقاً لباطل، أو حكماً بالحقّ.

---

(۱) ۱ و ۲ مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۳۳، المتن و الشرح.

(۲) ۳ السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۲۲.

الثانی: الرشوة غیر مختصّة بباب القضاء

إذا کـانت الرشوة مـا یتوصّـل به إلی ابطـال حقّ أو تمشـیة باطـل، فلا تختصّ بالقاضـی بل تعمّ الحاکم و العامل و قـد عرفت فی کلام الشـیخ و ابن إدریس عطفَ الحـاکم و العامل إلی القاضـی بل تعمّ ما یـدفع إلی موظّف أو ظالم مقتـدر، لیسـتعین به فی محو الحقّ أو إحیاء الباطل، أو الحکم بالحقّ، بحیث لولاها لما حکم. و هو الظاهر من کلام الزمخشری حیث قال: «ما یعطیه الشخص للحاکم و غیره لیحکم له، أو یحمله علی ما یرید».
فـإن قلت: ظـاهر الآیـة، أعنی: قوله سـبحانه: (وَ لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ وَ تُـدْلُوا بِها إِلَی الْحُکّامِ لِتَأْکُلوا فَرِیقاً مِنْ أَمْوالِ النّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (البقرة/ ١٨٨) اختصاصـها بما إذا کان الآخذ حاکماً و المراد منه القاضی فلا یشمل ما إذا دفع شیئاً لغیر القاضی، من سائر الحکّام و الموظّفین، و الظالمین للاستعانة بهم فیما یریده، من إبطال الحقّ، أو تمشیة الباطل و غیرهما.
قلت: سـیوافیک عنـد البحث عن حکم الرشوة أنّ القیود الواردة فی الآیـة، غالبیّة، و لیست لها خصوصـیة و ذلک لأنّ إبطال الحقّ، فی العصور السابقة و العصر الحاضر، بید القضاة و لأجل ذلک خصّ القضاة بالذکر فیکون القید وارداً مورد الغالب.
و أمّا الروایات فما اقترن فیها الرشاء بالحکم، لا یهـدف إلی اختصاصـها بالحکم، بل بصدد بیان أنّ الرشاء فی الحکم، کفر بالله «١» أو سحت، «٢» أو شرک «٣» لا أنّ الرشاء مختصّ بباب الحکم بل الرشاء مفهوم عام و له مصادیق و لکن حرمة

---

(١) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ۵ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ١، ٢، ٨، ١٢، ١۶.

(٢) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ۵ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۴، ۵، ٩.

(٣) الوسائل: الجزء ١٢، الباب ۵ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ١٠.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ١، ص: ٣٠۴

قسم منه مؤکّدة و هو الرشاء فی الحکم، فهو سحت، و کفر بالله، و شرک به.

الثالث: حکم الرشوة فی الکتاب و السنّة

إنّ حرمة الرشوة من ضـروریات الفقه الإسـلامی التی دلّ علیها الکتاب و السـنّة و الإجماع و العقل، بل اتّفق علیها الشـرائع السـماویة و عقلاء العالم و إن لم یکونوا منتحلین إلی شریعة، و لذا تعدّ حرمة الرشوة فی الإسلام، حکماً إمضائیّاً، لا تأسیسیّاً.
فمن الکتـاب قوله سـبحانه: (وَ لا تَـأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُم بِالْباطِـلِ وَ تُـدْلُوا بِهـا إِلَی الْحُکّـامِ لِتَـأْکُلُوا فَرِیقاً مِنْ أَمْوالِ النّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (البقرة/ ١٨٨)، و قد جاء صدر الآیة أیضاً فی آیة أُخری «١» و لکن لا صلة لها بالمقام و فسّرها فی المجمع بالنحو التالی:
«لاـ یأکـل بعضُـکم مـال بعض بـالغصب و الظلم و الوجوه التی لاـ تحـلّ، و تلقوا بالأـموال إلی القضـاة لتأکلوا طائفـة من أموال الناس، بالعمل الموجب للإثم و کان الأمر بخلافه و أنتم تعلمون أنّ ذلک الفریق من المال لیس بحقّ لکم و أنتم مبطلون». «٢»
و قـال السیّد الأُسـتاذ قـدَّس سرَّه فی المیزان: «الإدلاـء إرسـال الـدلو فی البئر لنزح المـاء کُنی به عن مطلق تقریب المـال إلی الحکّـام لیحکموا کما یریده الراشـی، و هو کنایة لطیفة تشـیر إلی استبطان حکمهم، المطلوب بالرشوة الممثِّل لحال الماء الذی فی البئر بالنسبة إلی من یریـده، و الآیة مسوقة للنهی عن تصالح الراشـی و المرتشـی علی أکل أموال الناس بوضـعها بینهما و تقسـیمها لأنفسـهما بأخذ الحاکم ما أُدلی به منها

---

(١) النساء، الآیة ٢٩: (یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا لا تَأْکُلُوا أَمْوالَکُمْ بَیْنَکُمْ بِالْباطِلِ إِلّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْکُمْ وَ لا تَقْتُلُوا أَنْفُسَـکُمْ إِنَّ

اللّهَ کانَ بِکَمْ رَحِیماً).

(۲) الطبرسی، مجمع البیان: ۱/ ۲۲۸، ط صیدا.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۰۵

إلیه، و أخذ الراشی فریقاً آخر منها بالإثم و هما یعلمان أنّ ذلک باطل غیر حقّ». «۱»

و الحاصل: أنّ صدر الآیة نهی عن مطلق أکل الأموال بالباطل کما ذکره الطبرسی، لکن قوله تعالی: (وَ تُدْلُوا بِها) إشارة إلی قسم خاص منه و هو تقریب بعض المال إلی الحاکم لیحکم لصالحه حتّی یتسنّی للراشی أکل البعض الآخر الذی یدلّ علیه قوله تعالی: (لِتَأْکُلوا فَرِیقاً مِنْ أَمْوالِ النّاسِ).

و الغایة من دفع المال إلی الحاکم، هو حکمه لصالحه، و هما یتواطآن علی ذلک بأنّ هذا، بدل ذاک سواء صرّحا بذلک أو أضمرا و کان معلوماً لهما و بذلک یتّضح الفرق بین الرشوة و الهدیة، فالأوّل مشتمل علی المقابلة صریحاً أو ضمیراً بخلاف الثانی، فلیس هناک أیّة مقابلة لا- فی الظاهر و لا- فی الباطن، و الفرق بینهما کالفرق بین البیع و الهبة و یشیر إلی ما ذکر، حرف اللام فی قوله: (لِتَأْکُلوا فَرِیقاً مِنْ أَمْوالِ النّاسِ) و اللام للغایة.

و یدلّ علی الحرمة لفیف من الروایات التی أشرنا إلی مواضعها فلاحظ.

هذا و الرشوة من المفاهیم ذات الإضافة، لها إضافة إلی الراشی، و إضافة إلی المرتشی، و إلی المال المعطی (الرشوة) فإذا دلّ الدلیل علی حرمة الرشا، فیکون دلیلًا علی کونه حراماً علی المعطی و الآخذ و لأجل ذلک تری أنّ الآیة توجّه الخطاب إلی الراشی أوّلًا و بالذات و تقول: (وَ تُدْلُوا بِها إِلَی الْحُکّامِ لِتَأْکُلُوا فَرِیقاً مِنْ أَمْوالِ النّاسِ بِالْإِثْمِ)، و بذلک تستغنی عن الاستدلال علی الحرمة فی جانب المعطی بالنبوی المروی من قوله صلّی الله علیه و آله و سلّم: «لعن الله الراشی و المرتشی». «۲»

و قال السیّد الطباطبائی: کما یحرم علی الآخذ، کذا یحرم البذل علی الباذل

---

(۱) العلّامة: الطباطبائی، المیزان: ۲/ ۵۲، ط طهران.

(۲) النوری، المستدرک: الجزء ۱۸، الباب ۸، من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۸.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۰۶

لقوله: «لعن الله الراشی و المرتشی» و لکونه إعانة علی الإثم. «۱»

یلاحظ علیه: أمّا النبوی فلم یثبت سنده و أمّا الثانی فمنصرفه ما إذا کان الغیر قاصداً لارتکاب الحرام، فالآخر یعینه فی ذلک الهدف مثلًا لو حاول ضربَ الیتیم، فیعطیه العصا، أو قتل إنسان فیعینه بالآلة القتّالة، و أمّا إذا لم یکن المقصود الأصلی هو إعانة الغیر و دفعه إلی المحرّم، بل کان الهدف الأصلی هو أکل الدافع أموال الناس بالإثم فی ظلّ حکم القاضی فشمولها له مورد تأمّل.

و الأولی الاستدلال بنفس الآیة المغنی عن هذه المستمسکات.

الرابع: حکم الرشا فی إحقاق الحقّ

قد عرفت أنّ الرشا، هو دفع شیء للقاضی لیلزم بشیء من غیر فرق بین الحکم بالباطل أو الحکم لصالحه حقّاً کان أو باطلًا أو الحکم بالحقّ، لکن یقع الکلام فی أنّه هل یجوز إذا توصّل بها إلی حقّ. ثمّ إنّ للتوصّل بها إلیه صورتین: إمّا یتوقّف إنقاذ الحقّ علیها أو لا. و علی کلا التقدیرین إذا جاز للدافع فهل یجوز للآخذ أو لا.

قال الشیخ: و إن کان لإجرائه علی واجبه لم یحرم علیه، أن یرشوه کذلک لأنّه یستنقذ ماله فیحلّ ذلک له و یحرم علی آخذه لأنّه یأخذ الرزق من بیت المال. و إن لم یکن له رزق کما إذا قال لهما: لست أقضی بینکما حتّی تجعلا لی رزقاً حلّ ذلک له حینئذ عند

قوم و عندنا لا يجوز بحال. «٢»

و قال ابن إدريس: إن كان على إجرائه على واجبه لم يحرم عليه أن يرشوه لأنّه يستنقذ ماله، فيحلّ ذلك له و يحرم على الحاكم أخذه. «٣»

(١) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/ ٢٢.

(٢) الطوسى، المبسوط: ٨/ ١٥١.

(٣) ابن إدريس، السرائر: ٢/ ١۶۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٠٧

و قال المحقّق: و لو توصّل إلى حقّ لم يأثم. «١»

و قال السيّد الطباطبائى: نعم لو كان كارهاً فى الدفع لا حرمة عليه، و كذا لو توقّف استنقاذ حقّه على ذلك و إن كان محرّماً على الآخذ. «٢»

أمّا جوازه للدافع فلوجهين: الأوّل: عدم دخوله فى الآية المباركة، لأنّ الغاية من الدفع فيها هو أكل أموال الناس بالإثم و هو لا يريد سوى استنقاذ حقّه فليس عمله داخلًا فى الغاية.

الثانى: قد عرفت أنّه داخل فى الرشوة موضوعاً و لكن، يحكم عليه بالحلّية فى هذا الفرض لقاعدة لا ضرر. و أمّا كونه حراماً على الآخذ لأنّه أكل المال بالباطل فعمله داخل فى صدرها. و إنّما تصدق الرشوة فى حقّ المنصوب بالقضاء و الحكم فإذا مُنع من الرشوة لما حكم بالحقّ، بل حكم بالباطل. لأخذ الرشوة من صاحبه، و أمّا من ليس منصوباً بالقضاء، فيطلب الأُجرة على القضاء بالحقّ و إلّا، فلا يتصدّى للأمر، فهو خارج عن موضوع البحث، و داخل فى جواز أخذ الأُجرة على القضاء و عدمه. و بذلك تعلم الخلل فى كلام الشيخ الطوسى حيث فرض المسألة فى الصورة الأخيرة كما لا يخفى.

ثمّ هل الدفع من جانب المعطى رشوة محلّلة كما هو الحال فى صورة الإكراه، أو ليس رشوة موضوعاً و إن كان رشوة بالنسبة إلى الآخذ. لا يترتّب على ذلك ثمرة، و إن كان الأوّل لا يخلو عن قوّة. و قد عرفت وجود السعة فى التعريف السابق لها: و هو الدفع لأجل الحكم بالباطل، أو الحكم لصالحه حقّاً كان أو باطلًا، بإضافة ما يشمل ذلك القسم أيضاً.

ثمّ إذا لم يتوقّف استنقاذ الحقّ عليه، كما إذا كان لأخذ الحقّ، طريقان: أحدهما ذلك و الآخر، التقاص من ماله أو التوسل بأصحاب القدرة فهل يجوز

(١) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ٨۶٩.

(٢) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/ ٢٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٠٨

أولا فيه وجهان:

١- الجواز، لانتفاء الغاية الواردة فى الآية من أكل أموال الناس بالإثم و لقاعدة لا ضرر، كما مرّ، و توهم أنّه من باب الإعانة على الإثم قد عرفت حاله.

٢- عدمه لكون الرشوة أوسع ممّا جاء فى الآية، و لا موضوع لقاعدة لا ضرر لعدم الضرر بعد وجود طريق مشروع لأخذ الحقّ. و الثانى هو الأقوى لانّه رشوة.

الخامس: فى عدم اختصاص الرشوة بالمال و القاضى و الحقّ

ثمّ إنّ هنا أُموراً ثلاثة لا يدلّ عليها منطوق الآية و لكن يمكن استخراج حكمها بالتأمّل منها:

۱- هل الرشوة تختصّ بالمال، أو تعمّ غيره كالخياطة، أو قضاء حاجة القاضى فى موضوع آخر، أو مدحه بالشعر و الخطابة؟ يظهر من السيّد الطباطبائى كونها أعم. قال: الرشوة قد تكون مالًا من عين أو منفعة و قد تكون عملًا للقاضى كخياطة ثوبه أو تعمير داره أو نحوهما و قد تكون قولًا كمدحه و الثناء عليه. «۱»

و العرف يساعده، و أمّا الآية فالمذكور فيها، هو إدلاء المال إلى الحاكم و لكنّه وارد مورد الغالب، و المقصود أنّ كلّ تسبب إلى الغاية المحرّمة (أكل أموال الناس بالإثم) حرام فحرمة الغاية توجب سراية الحرمة إلى كلّ سبب مالًا، كان أو منفعة، أو عملًا للقاضى.

۲- و بذلك تعلم الحال فى دفع المال إلى الظالم للغاية المحرّمة و إن لم يكن قاضياً، فهو أيضاً من مصاديق الرشوة و قد مرّ أنّ ذكر الحكّام فى الآية من باب أغلب المصاديق.

قال السيّد الطباطبائى: لا تختصّ الرشوة ما يبذل للقاضى ليحكم له، بل

---

(۱) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۲۳.

تجرى فى غير الحكم أيضاً كما إذا بذل شيئاً لحاكم العرف أو الظالم أو رئيس ليعينه على ظلم أو غيره من المعاصى و نحو ذلك فتكون حراماً «۱» نعم لو بذله شيئاً ليعينه على إحقاق حقّ أو دفع ظلم أو أمر مباح فلا إشكال. و أمّا فى القاضى فقد مرّ الكلام فيه و أنّه رشوة محرّمة.

۳- كما أنّ بذل الرشوة لأكل المال بالإثم حرام و كذلك تحرم إذا كان الهدف إبطال الحقّ كما إذا رشا القاضى، ليحكم بأنّ حقّ الحضانة فى البنت فوق السنتين للأب، مع أنّه للأُم إلى سبع سنين، و ذلك لأنّ أكل المال بالإثم، وارد مورد الغالب.

السادس: حكم بيع المحاباة

اشارة

و هو بيع الغالى بقيمة رخيصة كبيع ما يساوى ألف، بمائة، و تكون المعاملة غطاءً لدفع المال إلى القاضى ليحكم له. و لا شكّ فى حرمته لحرمة غايته و هو أكل أموال الناس بالإثم، إنّما الكلام فى فساده. قال فى الجواهر فى شرح قول المحقّق: «و يجب على المرتشى إعادة الرشوة إلى صاحبها» ما هذا نصّه: حتّى لو وقعت فى ضمن عقد هبة أو بيع محاباة أو وقف فإنّه بناء على أنّ نحو ذلك من أفراد الرشا لا ريب فى فساد العقود المزبورة نحو ما كان منها إعانة على الإثم ترجيحاً لأدلّة فسادها على ما يقتضى صحّتها، بل النهى فيها عن نفس المعاملة بل لعلّ ذلك مبنى على فساد الرشوة التى هى غالباً تكون بعنوان الهبة رشوة. «۲»

يلاحظ عليه: أنّه إذا لم يكن النهى متعلّقاً بنفس المعاملة، بل بعنوان خارج عن حقيقتها، ككونها إعانة على الإثم، أو رشوة ففى مثلها لا يقتضى الفساد، إذ غاية ما ذكره، أنّ العقد و المعاملة أى الإيجاب و القبول، مصداق لعنوان الرشوة،

---

(۱) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۲۴.

(۲) النجفى: الجواهر: ۴۰/ ۱۳۱.

و لكن المعاملة ليست محرّمة بالذات، فعندئذ تصحّ المعاملة و يكون نفس العمل حراماً تكليفاً.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم قسّم المعاملة المحابى فيها إلى أقسام ثلاثة و رجّح الفساد فى الجميع قال و له أقسام:

۱- ما لم يقصد من المعاملة إلّا المحاباة التى فى ضمنها.

۲- قصد المعاملة لكن جعل المحاباة لأجل الحكم له بأن كان الحكم له من قبيل ما تواطئا عليه من الشروط غير المصرّح بها فى العقد و هى الرشوة.

۳- قصد أصل المعاملة، ثمّ حابى فيها لجلب قلب القاضى فهى كالهدية ملحقة بالرشوة و فى فساد المعاملة المحابى فيها وجه قوى. «۱»

يلاحظ عليه بوجهين:

الأوّل: إنّ رمى الجميع بسهم واحد غير تامّ، و الأوّل باطل لأجل عدم قصد المعاملة، و الثانى باطل لأجل بطلانها بمقدار المحاباة، المستلزم لبطلان أصل المعاملة.

و أمّا الثالث: فقابل للملاحظة فربّما يقال أنّ ظاهر القواعد الصحّة، لكون الرشوة داعياً، فيها. إلّا أن يقال فيها بالبطلان فإنّ الهدية غطاء على الرشوة و واجهة لها فانتظر.

الثانى: إنّ سياق كلامه أنّ البطلان لأجل انطباق أمر خارج على المعاملة، و قد عرفت انّه لا يستلزم البطلان.

نعم للسيّد الطباطبائى كلام فى المقام أشار فى آخره بما يمكن أن يكون سنداً للبطلان.

---

(۱) الأنصارى، المكاسب المحرّمة: ص ۳۱، ط تبريز.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۱۱

قال معترضاً على كلام المحقّق الأنصارى: إنّه اختار فى مسألة الإعانة على الإثم عدم فساد البيع إذا قصد توصل الغير إلى المحرّم مثل بيع العنب ليعمل خمراً و ذلك لتعلّق النهى بما هو خارج عن المعاملة و هو الإعانة إلى أن قال و إلّا فالأوجه عدم الفساد لما ذكر من تعلّق النهى بأمر خارج عن المعاملة و لا نسلّم ما ذكره صاحب الجواهر من بقاء المال على ملك الراشى بأىّ طريق كان و إنّما هو مسلّم فى صورة البذل من غير أن يكون بعقد من العقود إلى أن قال: نعم يمكن أن يقال إنّه إذا قصد الرشوة بالمعاملة المحابائية يصدق عرفاً أنّ العين الموهونة رشوة فيكون حراماً و لازمه بطلان المعاملة و هذا هو الفرق بين المقام و بين مسألة الإعانة. و عليه لا بدّ أن يفصّل بين المذكورات و بين البيع بثمن المثل بقصد الرشوة فيما إذا كان للقاضى غرض فى المبيع و لو بعوض مثله. «۱»

الأمر السابع: فى حكم الرشوة ردّاً و ضماناً

إنّ المأخوذ رشوة أو الملحق بها حكماً كما هو الحال فى الهدايا الّتى تُقدّم إلى القاضى و سيوافيك حكمها هل يجب ردّه ما دام باقياً، و يضمن إذا تلف او أتلفه الآخذ، أو لا؟ و المحكى عن فقهاء العامّة أنّ المرتشى يملكها و إن فعل حراماً، و نقل عن بعض آخرين أنّه يضعها فى بيت المال. «۲» و إليك نقل بعض الكلمات:

۱- قال الشيخ: كلّ موضع قلنا يحرم عليه فإن خالف و قبل فما الذى يصنع؟ فإن كان عامل الصدقات، قال قوم: يجب عليه ردّها، و قال آخرون: يجوز أن يتصدّق عليه بها، و الأوّل أحوط، و أمّا هديّة القاضى قال قوم يضعها فى بيت المال لِيُصرف فى المصالح و قال آخرون: يردّها على أصحابها و هو الأحوط عندنا. «۳» و لم يذكر

---

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۲۴.

(۲) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۰۵.

(۳) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۵۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۱۲

الشيخ حكم التلف و لعلّ نظره فيه يعلم من حكمه بوجوب الردّ، إذ لو وجب الردّ، يلزمه الضمان مع التلف، و إلّا فيكون الحكم بعدم الضمان مناقضاً مع وجوب الردّ كما سيوافيك.

۲- و قال المحقّق: و يجب على المرتشى إعادة الرشوة إلى صاحبها، و لو تلفت قبل وصولها إليه ضمنها له. «۱»

۳- و قال العلّامة: و تجب على المرتشى إعادتها و إن حكم عليه بحقّ أو باطل و لو تلفت قبل وصولها إليه ضمنها. «۲»

۴- و قال أيضاً: و على المرتشى إعادتها فإن تلفت ضمن. «۳»

۵- و قال الشهيد الثانى: و تجب على المرتشى إعادة الرشوة على صاحبها على خلاف بعض العامّة حيث ذهب إلى أنّه يملكها و إن فعل حراماً لوجود التمليك، و آخرين حيث ذهبوا إلى أنّه يضعها فى بيت المال و الأظهر ما ذكره المصنّف من عدم ملكها مطلقاً و وجوب ردّها إلى المالك و يضمنها إلى أن يصل. «۴»

۶- قال المحقّق الأردبيلى: و ممّا سبق يعلم وجوب الإعادة على المرتشى و أنّه لا بدّ من دفعه فورياً مع وجود العين، و مع التلف عوضاً مثلًا و قيمةً على الوجه المقرّر فى ضمان المتلفات سواء أ كان بتفريطه أم لا مثل الغصب فإنّ اليد ليست بيد أمانة. «۵»

۷- و قال صاحب الجواهر: و لا إشكال فى بقاء الرشوة على ملك المالك كما هو مقتضى قوله «إنّها سحت» و غيره من النصوص الدالة على ذلك و أنّ حكمها حكم غيرها ممّا كان من هذا القبيل نعم قد يشكل الرجوع بها مع تلفها و علم الدافع بالحرمة باعتبار تسليطه و التحقيق فيه ما مرّ فى نظائره. «۶»

---

(۱) نجم الدين الحلى: الشرائع ۴/ ۷۸.

(۲) العاملى: مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۳۳، قسم المتن.

(۳) العلّامة الحلّى، إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۴۰.

(۴) زين الدين العاملى: المسالك ۲/ ۴۰۵.

(۵) الأردبيلى: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۵۰.

(۶) النجفى، الجواهر: ۲۲/ ۱۴۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۱۳

إلى غير ذلك من الكلمات المماثلة لما سبق. و يقع الكلام فى وجوب ردّها أوّلًا و ضمانها بمثل أو قيمة ثانياً و بعبارة أُخرى: يقع الكلام تارة فى الحكم التكليفى أى وجوب الردّ، و أُخرى فى الحكم الوضعى أى الضمان لدى الإتلاف و التلف.

أمّا وجوب الردّ فلما مرّ من عدم تملّكها، لتعلّق النهى بذات المعاملة (الرشوة) الدالّ على فساد التمليك العرفى، الملازم لبقائها فى ملك مالكها، من غير فرق بين أن يملّكها بنفسها أو وقعت فى ضمن بيع محاباة لما عرفت من صدق الرشوة على العين عرفاً و يظهر من خبر ابن اللتبية الواردة فى الهدايا التى تقدّم إلى عامل الصدقات، أنّه لا يملكها و سيوافيك نصّ الحديث عند البحث فى الهديّة.

أمّا ضمانها على المرتشى إذا تلفت أو أتلفها المرتشى فقد عرفت عبارات الأصحاب، الحاكية عن الضمان إنّما الكلام فى دليله. فنقول: استدلّ بعموم «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّى» «۱» خرج منه ما أُخذ أمانة كالوديعة و غيرها و المفروض انّه لم يُسلّطه على العين إلّا فى مقابل عوض و لم يجعلها عنده أمانة، و لم يهتك حرمة ماله، بل طلب به ما هو أعزّ و أغلى ممّا دفع. و لمّا حكم الشارع ببطلان المعاملة، بقيت العين على ملك مالكه، فيكون أخذها بعنوان المعاوضة موجباً للضمان، حتّى يردّ عينها أو مثلها أو قيمتها. و ما تقدّم من صاحب الجواهر من «أنّه قد يشكل الرجوع بها مع تلفها و علم الدافع بالحرمة باعتبار تسليطه» فقد أوضحه السيّد الطباطبائى فى

ملحقات العروة و قال: و لعلّ وجه الضـمان لأنّ الراشـى إنّما بذل فى مقابلة الحكم فيكون إعطاؤه بعنوان المعاوضة و يدخل فى قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» ثمّ استشكل عليه بوجوه ثلاثة و قال: و فيه:

أوّلًا: أنّه أخص من المـدّعى إذ قـد يكون لا ـ بعنوان المعاوضـة، بل إنّما يعطى مجّاناً و عوضه جلب قلب القاضـى فلا يكون فى مقابلة الحكم، و الغرض غير العوض.

---

(۱) النورى، المستدرك: الجزء ۱۷، الباب ۱ من كتاب الغصب، الحديث ۴، و البيهقى، السنن: ۶/ ۹۵

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۱۴

ثانياً: لا دليل على القاعدة المذكورة كما بيّن فى محلّه.

و ثالثاً: أنّ المفروض أنّ الراشـى راض بإتلاف المرتشى إيّاها فيكون هو الهاتك لحرمة ماله حيث إنّه سلّطه عليه مع علمه بعدم ملكيّته و حرمته عليه، فرضاه و إن كان مقيّداً بالعوض الـذى هو الحكم إلّا أنّ قيده حاصل بعد فرض الحكم له، فحاله حال سائر المقبوضات بالعقود الفاسـدة و قـد بيّنا فيها عدم الضـمان مع التلف. نعم لو كان رضاه مقيّداً بالحكم له و لم يحكم له يمكن أن يقال فيه بالضـمان لأنّ المفروض أنّ رضاه كان مقيّداً و القيد لم يحصل. «۱»

يلاحـظ على الوجه الأوّل: و قـد سـبقه الشـيخ الأنصارى فى هـذا التفصـيل قائلًا «بأنّ الرشوة حقيقـة جعل على الباطل بخلاف ما إذا لم يقصـد بها المقابلـة فأعطى مجّاناً ليكون داعياً على الحكم و هو المسـمّى بالهبـة فإنّ الظاهر عـدم ضـمانه لأنّ مرجعه إلى هبة فاسدة إذ الـدّاعى لا يكون عوضاً» بأنّه إنّما يتمّ فى مورد لم يكن هناك التفات من القاضـى إلى ما أضـمره المُهدى و إلّا يكون العين فى مقابل الحكم، لصـالحه و القاضـى الملتفت إلى نيّـة الـدافع يتلقّاه رشوة، و يقف على أنّ عنوان الهديـة غطاء على القبيـح، و واجهـة لمـا هو المذموم شـرعاً و عرفاً، و مع ذلك كيف يتلقّاه هدية، و لا يُعتبر فى كون الشىء عوضاً، التصريح به بل تكفى الإشارة و الإيماء إلى أنّ الـدافع يطلب من تقـديمه إليه، هو حكمه لصـالحه و إنّمـا يصـرّح بالتقابل و المعاوضـة، البسـطاء من الناس و أمّا أهل الخبرة فيـدفعونه بعناوين، صوناً لمقام القضاء فى الظاهر عن القبيح، و ما هو إلّا شـيطنة منهم و الحاصل أنّ الهدية بشـرط التفات القاضى إلى واقع الأمر رشوة، موضوعاً و حكماً أو حكماً فقط و إن كان التحقيق هو الأوّل فلا يكون الدليل أخصّ من المدّعى.

و أمّا الثانى: فلا يضـرّ بالمقصود إذ الـدليل على الضـمان، هو دليل القاعـدة أعنى: قاعـدة اليد، أو قاعدة الإقدام، لا نفس القاعدة سواء أصحّت أم لا.

---

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۲۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۱۵

و أمّا الثالث، أعنى قوله: «أنّ المفروض أنّ الراشـى راض بإتلاف المرتشى إيّاها فيكون هو الهاتك لحرمة ماله حيث إنّه سلّطه عليه مع علمه بعدم مالكيته و حرمته عليه به و رضاه و إن كان مقيّداً لكن المفروض حصول قيده» فهو يرجع إلى أمرين:

۱- «إنّه الهاتك لحرمـة ماله»، و لكنّه ممنوع إذ كيف يوصف كـذلك مع أنّه بصـدد أن يأخذ من القاضـى ما هو أعز و أغلى ممّا دفع بمراتب. و بعبارة أُخرى إنّما دَفعَ ما دَفَعَ ليلتزم القاضى على شىء من الأُمور الثلاثة الماضية.

۲- «إنّ رضاه كان مقيّداً و قد حصل قيده» و هو أيضاً مثل ما سـبق و ذلك لأنّ رضا الراشى بتصرّف القاضى فيه لم يكن مغايراً لرضاه بالتصـرّف فيه بعنوان الرشوة و المفروض أنّ الشـارع حكم ببطلانها فيكون وجود الرضا كعـدمه، فيصـير مقتضـى عموم «على اليـد» هو الضـمان و ذلك لعدم صـلاحية ذلك الرضا للخروج عنه، و لا يكون علم الدافع بفساد المعاملة سـبباً لنشوء رضى آخر حتّى يكون هو المسوّغ للتصـرّف و الرافع للضـمان بـل الراشـى إنّما رضـى بالتصـرّف بالعنوان المحرّم، علم بتحريمه أو لا و مثل ذلك الرضا لا يكون

سبباً للحلّیة و إلّا لزم أن یکون ثمن المغنّیة و أجر الزانیة حلالًا لرضا الدافع بالتصرّف فیه.

و ما ذکرناه جار فی جمیع العقود الفاسدة، محرّمة کانت أو لا کبیع الصبی و المحجور لأنّ المفروض أنّ الرضا فیها رضا معاملی و المفروض أنّ الشارع تلقّاه لغواً و فاسداً غیر مؤثر، و لیس هناک رضی آخر یؤثّر فی جواز التصرّف و رفع الضمان، فیکون المرجع هو عموم علی الید و لم یثبت المخصِّص.

و هناک إشکال آخر یتوجّه علی کلامه و هو: لو کان رضا الراشی و کونه هاتکاً لحرمة ماله، رافعاً للضمان و سبباً لجواز التصرّف فیه، یلزم عدم وجوب الردّ مع أنّ الکل اتّفقوا علی وجوبه، و الجمع بین وجوب الردّ و عدم الضمان أشبه بالجمع بین الضدّین.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۱۶

و ممّا ذکر من اختصاص البحث بما إذا کان القاضی ملتفتاً إلی نیّة الراشی و المُهدِی، یعلم ضعف ما أفاده فی الجواهر من الإشکال فی الضمان مع التلف، فیما إذا کانت الرشوة من الأعمال التی تبرَّع بها الراشی و نحوه ممّا لا بد فیه للمرتشی و لا أمر بالعمل «۱». اللّهم إلّا أن یُفصَّل کما احتملناه فی الدورة السابقة بین العین و المنفعة بأنّ الراشی لمّا کان هو المقدم عرفاً فهو المتلف فلا یملک علی المرتشی شیئاً من العمل. و مع ذلک فللنظر فیه مجال لأنّه لم یملّکه إلّا فی مقابل الحکم له الذی طرده الشارع و عدّه فاسداً و لم یملّکه مجّاناً فیدخل تحت قاعدة «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»، لا العکس.

الأمر الثامن: فی الفرق بین الهدیة و الرشوة

اشارة

إنّ ما یبذل للقاضی و العامل و الظالم، ینقسم إلی الرشوة و الهدیة و الظاهر أنّ الفرق بینهما جوهری یتفارقان به لا ـ بالقصد، و الاختلاف فی القصد تابع للاختلاف الماهوی، فلو کان البذل فی مقابل العوض، بأن یذکر أو یضمر بأنّ هذا مقابل ذاک فهو رشوة، و إلّا فإن کان البذل بلا عوض بأن کان ناشئاً عن عاطفة قلبیة أو رابطة رحمیة أو غیر ذلک، فهو هدیة.

و بعبارة أُخری: أنّ الطریق الصحیح لاستکشاف الفرق بین الرشوة و الهدیة هو الدقّة فی الفرق بین البیع و الهبة غیر المعوَّضة فإنّ الفرق بینهما جوهری فی عالم الاعتبار، لا بالقصد و النیّة، حتی و لو اختلف القصد، فإنّما هو لأجل اختلاف المقصود بالذات ففی البیع التزام بشیء، لیس فی الهبة، و لأجل ذلک یقصد البائع مبادلة مال بمال و لا یقصده الواهب. و إنّما یقصد أصل البذل بلا عوض. و مثله الرشوة و الهدیة فالراشی سواء دفعه صریحاً باسم الرشوة، أو ألبس علیها لباس الهدیة فإنّما یبذل فی مقابل التزام بما یرجع إلی المحاکمة و المرافعة بخلاف ما إذا

(۱) النجفی: الجواهر: ۴۰/ ۱۳۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۱۷

بذله من دون انتظار عمل و بذلک یظهر أنّهما عقدان متخالفان، لا یجتمعان فی مورد، کاختلاف البیع و الهبة عقداً أو معاطاة فما یسمیه القوم فی المقام هدیّة فهو عندنا رشوة و لیست هدیّة إلّا مجازاً و تغطیة و اسماً، لا حقیقة، و الهدیة الواقعیة ما لا یکون هناک أیُّ انتظار عمل.

قال السیّد الطباطبائی: الفرق بین الرشوة و الهدیة أنّ الغرض من الرشوة جلب قلبه لیحکم له و من الهدیة الصحیحة، القربة أو إیراث المودّة لا لداع أو الداعی علیها حبّه له، لوجود صفة کمال فیه من علم أو ورع أو نحوهما. «۱» و لقد أحسن فعدّ ما یبذل لجلب قلب القاضی من الرشوة، و خصص الهدیّة بما لا عوض فیه.

و على كلّ تقدير فالأولى التركيز على حكم الهديّة فى المقام، فللشيخ فى المقام كلام فى المبسوط نأتى بإجماله قال: «فأمّا الهدية فإن لم يكن بمهاداته عادة حرم عليه قبولها و العامل على الصدقات كذلك لما روى عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم أنّه قال: هدية العمّال غلول و فى بعضها هدية العمّال سحت و أمّا إن كان من عادته كالقريب و الصديق الملاطف نظرت فإن كان فى حال حكومته بينه و بين غيره أو أحسّ بأنّه يقدّمه لحكومة بين يديه، حرم عليه الأخذ كالرشوة و إن لم يكن هناك شىء من هذا فالمستحبّ أن يتنزّه عنها هذا كلّه إذا كان الحاكم فى موضع ولايته فأمّا إن حصل فى غير موضع ولايته فأهدى له هدية فالمستحبّ أن لا يقبلها. «۲»
و حاصله تقسيمها إلى أقسام ثلاثة، يحرم الأوّلان دون الثالثة و قريب منه ما ذكره ابن البرّاج فى المهذّب. «۳»
و قال المحقّق الأردبيلى: و الظاهر أنّه يجوز له قبول الهدية فإنّه مستحبّ فى الأصل إلّا أنّه يمكن أن يكون مكروهاً لاحتمال كونها رشوة إلّا أن يعلم باليقين انّها

---

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۲۵.

(۲) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۵۲.

(۳) ابن البرّاج، المهذّب: ۲/ ۵۸۱.

ليست كذلك مثل أن كان بينه و بين المهدى صداقة قديمة و علم أن ليس له غرض من حكومة و خصومة بوجه أو يكون غريباً لا يعلم أو جاء من السفر و كان عادته ذلك، أو فعل ذلك بالنسبة إليه و إلى غيره و مع ذلك لا شكّ أنّ الأحوط هو الاجتناب فى وقت يمكن أو يحتمل احتمالًا بعيداً لكونها رشوة و تؤيّده الأخبار من طرقهم و قد روى أنّه صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: هدايا العمّال غلول و فى أُخرى: هدية العمّال سحت. «۱»
و قد ظهر ممّا ذكر أنّ هذه التفاصيل تبعيد للمسافة و الأولى حسم مادة الخلاف بكلمة واحدة و هى أنّ الرشوة عبارة عن كون البذل فى مقابل شىء من الحكم بالباطل أو الحكم لصالحه، أو الحكم بالحقّ لولاه لما حكم و لا يشترط فى التقابل، التصريح بل يكفى كونه معلوماً من القرائن سواء كان البذل فى موضع الولاية أو غيره، كان قبل طرح الدعوى أو بعده و قبل الحكم. و على ضوء ذلك فأكثر ما يسمّيه الناس هدية، فهو هدية ظاهراً، رشوة حقيقة و لا يهمّنا دخولها فيها موضوعاً، سواء أ كانت رشوة موضوعاً أم لا فهى رشوة حكماً و ما دلّ على حرمة الرشوة، يدلّ على حرمة الهدية أيضاً لفظاً، أو بإلغاء الخصوصية و إن كان الحقّ أنّها رشوة موضوعاً و لقد أحسن السيد الطباطبائى كما مرّ حيث سمّى ما يبذل لجلب قلب القاضى رشوة لا هدية، و خصّ الثانية بما إذا كان الداعى حبّه له أو لكماله.
و بكلمة قصيرة: إنّ البذل إذا كان فى مقابل التزام القاضى بشىء فى صميم الحكم، ظاهراً أو غاية فهو رشوة و إن قُدِّم إليه باسم الهدية و أمّا إذا بذل من دون أىّ انتظار من القاضى لا ظاهراً و لا واقعاً فهو هدية.
و يؤيّده ما روى عن النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم أنّه استعمل رجلًا من الأزد على الصدقة يقال له ابن اللتبية.
فلما جاءه قال للنبى صلّى الله عليه و آله و سلّم: هذا لكم و هذا أُهدى لى.

---

(۱) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۵۱.

فقام رسول اللّه صلّى الله عليه و آله و سلّم على المنبر فحمد الله و أثنى عليه و قال: «ما بال العامل نستعمله على بعض العمل من أعمالنا فيجىء فيقول هذا لكم و هذا أُهدى لى أ فلا جلس فى بيت أبيه أو فى بيت أُمّه فينظر هل يُهدى له شىء أولا؟ و الذى نفس محمّد

بیده لا ـ یأتی أحد منکم منها بشیء إلّا جاء به یوم القیامة یحمله علی رقبته إن کان بعیراً له رغاء، أو بقرةً لها خوار، أو شاة تیعر». ثمّ رفع یدیه حتّی رأیت عفرة إبطیه فقال: «اللّهم هل بلّغت؟». «۱»

ثمّ إنّ هنا فروعاً ذکرها الشیخ الأنصاری فی المکاسب المحرّمة نأتی بها و بغیرها ممّا ذکره السیّد الطباطبائی فی ملحقات العروة.

فروع:

الفرع الأوّل: إذا شکّ الآخذ فی کون المأخوذ رشوة أو هدیة

إذا بُذل للقاضی شیء و شکّ فی أنّ الدافع قصد بها الرشوة أو الهدیّة الصحیحة ذهب السیّد الطباطبائی إلی جواز الأخذ حملًا لفعله علی الصحّة إلّا إذا کانت هناک قرینة علی إرادته منها الرشوة کما إذا لم تکن من عادته ذلک قبل المرافعة و قال: و الأولی عدم أخذها مطلقاً، و یمکن أن یقال بحرمتها حال المرافعة لأنّه یصدق علیها الرشوة عرفاً بل یمکن أن یقال: بحرمتها تعبّداً لما فی بعض الأخبار من أنّ هدایا العمّال غلول أو سحت. «۲»

یلاحظ علیه: أنّ جریان أصل الصحّة مبنیّ علی أنّ الرشوة و الهبة تتحدان ماهیة و تختلفان قصداً، فلو قَصَد الباذل التزام القاضی بشیء من إبطال الحقّ، أو إحقاق الباطل أو الحکم بالحقّ فهو رشوة و إن لم یقصد التزامه بشیء، بل دفعه إلیه، تکریماً أو محبّةً، أو أداءً للوظیفة فی حقّ الرحم فهو هدیّة، فعند ذلک فالعمل

---

(۱) البیهقی، السنن الکبری: ۴/ ۱۵۸.

(۲) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۲۵، تفرّد السیّد بطرح هذا الفرع.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۲۰

الواحد الذی له حالتان یحمل علی حالة الصحّة، لا علی حالة الفساد کما هو الحال فیما إذا باع و شکّ أنّه هل کان ربویاً أو لا، أو أسلف و شکّ أنّه أقبض الثمن أو لا ففی جمیع ذلک یحمل علی الصحّة.

و أمّا إذا قلنا بأنّهما أمران مختلفان ماهیة حیث إنّ أحدهما بذل فی مقابل شیء، و الآخر بذل بلا عوض فإجراء أصالة الصحّة مشکل جدّاً لأنّ القدر المتیقّن من موردها إذا أحرز عنوان الفعل و شکّ فی خصوصیاته لا ما إذا کان العنوان مشکوکاً و هذا کما إذا رأینا الرجل أمام المیّت، یحرّک لسانه، و لا ندری أنّه یصلی أو یدعو له بالخیر و المغفرة، فلا یُحکم علیه بأنّه صلّی علیه صلاة صحیحة أو ذهب إلی الحمام ثمّ خرج و لا ـ یدری هل کان للنظافة، أو للاغتسال، و المقام من قبیل الثانی، لأنّ البذل مع العوض، غیر البذل بلا عوض فاختلافهما یَکْمُنُ فی وجود المقابل لأحدهما دون الآخر، و أمّا الاختلاف فی القصد فهو تابع لاختلاف المقصود، لا أنّهما یتمیزان بالقصد.

و أمّا ما أفاده من أنّه «لو دلّت القرینة علی أنّه رشوة یحکم بها» فإنّما یتم إذا کانت مفیدة للاطمئنان الذی هو علم عرفی و حجّة عقلائیة أمضاه الشارع، لا علی مطلق الظنّ الذی لم یقم دلیل علی حجّیته. نعم الاستدلال بما ذکر من الروایة غیر کاف فی المقام، لأنّ إضافة الهدیة إلی العمّال قرینة علی أنّ الهدیة کانت رشوة و لأجل ذلک حکم علیه بالغلول أو السحت.

الفرع الثانی: إذا اتّفقا علی وجود عقد و اختلفا فی نوعه

إذا اتّفقا على وجود عقد بين الدافع و القابض و لكن اختلفا فى نوعه فقال الدافع: كان المبذول رشوة و قال القابض: كان هبة صحيحة قال السيّد الطباطبائى على غرار ما ذكره فى الفرع الأوّل يقدّم قول القابض للحمل على الصحّة و أصل البراءة من الضمان، بناء على أنّ الضمان على فرض كونه رشوة.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٢١

و أمّا احتمال تقديم قول الدافع لأنّه أعرف بنيّته أو لأنّ الأصل فى اليد الضمان، فلا وجه له، لعدم الدليل على الأوّل، و مثله كون الأصل الضمان لعدم الدليل عليه إلّا عموم على اليد و هى مختصّة باليد العادية و مع الإغماض عن الاختصاص فالشبهة مصداقية، و على فرض التمسّك بالعموم فيها، الحمل على الصحّة مقدّم عليه. «١»

يلاحظ عليه أوّلًا: بما عرفت من كون المورد خارجاً عن مجرى أصالة الصحّة، لعدم تعلّق الشكّ بالعقد الواحد من أجل كونه واجداً لشرائط الصحّة و عدمه، و إنّما اتّفقا على أصل العقد لكنّه مردّد بين عقدين، مختلفين و قد عرفت حاله و أنّه ليس مجرى لأصالة الصحّة.

و ثانياً: أنّ الأصل فى الأموال و هكذا الأعراض و النفوس، هو الضمان، لا البراءة و قد نبّه الشيخ بذلك فى مبحث البراءة، و أوجب الاحتياط فى الشبهات البدئية إذا كان المشتبه مالًا أو عرضاً أو نفساً، و ذلك لأنّ الأصل عدم الانتقال فى الأموال، و عدم الحلّية فى الأعراض و النفوس.

هذا تحليل كلامه حول الشقّ الأوّل، أعنى: تقديم قول القابض.

و أمّا تحليل كلامه حول الشقّ الثانى، أعنى: تقديم قول الدافع فقد أشكَلَ بالأُمور التالية:

١- بأنّ الدافع و إن كان أعرف بنيّته، لكن لا دليل على حجّيته.

٢- إنّ قاعدة «على اليد» مختصّة باليد العادية و هى منتفية فى المقام.

٣- إنّ المورد من قبيل الشبهة المصداقية للعام لاحتمال كون التسليط بالمجّان و هو خارج عن تحت العموم.

---

(١) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/ ٢٦، و أمّا وجه كون المورد شبهة مصداقية فلخروج التسليط المجّانى عنه فيكون المورد مردّداً بين كونه باقياً تحت العام أو خارجاً عنه و داخلًا تحت المخصّص أى التسليط بالمجّان.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٢٢

۴ و على فرض التمسّك به فأصالة الصحّة مقدّمة عليه.

و الجميع قابل للمناقشة:

أمّا الأوّل: فالظاهر اعتباره فى كلّ مورد كان منشأ الشك، هو الاختلاف فى نيّة العامل، نعم ليس منشأ الشكّ فى المقام ناشئاً من الاختلاف فى نيّة الدافع، بل منشؤه هو الاختلاف فى كون العقد الواقع، رشوة أو هدية و قد عرفت أنّ القصد تابع.

و أمّا الثانى: فللمنع من اختصاصها باليد العادية، نعم هى منصرفة عن اليد الأمانية.

و أمّا الثالث: فهو صحيح لو كان هو المستند و لكن المستند إنّما هو الأصل المسلّم فى الأموال و هو الضمان حتّى يدلّ دليل على خلافه، و تسانده أصالة عدم الانتقال.

و أمّا الرابع: أعنى تقديم أصالة الصحّة على عموم اليد فهو غريب، لأنّها أصل و القاعدة أمارة و معها لا تصل النوبة إلى الأصل.

الفرع الثالث: فيما إذا لم يتّفقا على وجود العقد

إذا اختلفا فی أنّه مبـذول رشوهٔ من غیر عقـد أو أنّه عقـد هبهٔ صـحیحهٔ و الفرق بین الفرعین واضح، لاتّفاقهما علی وجود عقد مشترک بینهمـا فی السـابق غیر أنّ البـاذل یصـفه بـالرشوهٔ و الآخر بالهبـهٔ بخلاف المقام فالـدافع لا یعترف بالعقـد بل بالإعطاء رشوهٔ، و القابض یدّعی العقد الصحیح و لأجل ذلک تردّد السیّد الطباطبائی فی هذا الفرع فی بدء الأمر فقال: فالأقوی أنّه مثل الفرع السابق و قد یحتمل عدمه لعدم عقد مشترک حتّی یحمل علی الصحّهٔ فالدافع منکر لأصل العقد لا لصحّته.

ثمّ أورد علی ما احتمله بقوله: و فیه أنّ تملیکه محمول علی الصحّهٔ و لا یلزم فی

الحمل علی الصحّهٔ أن یکون عقد مشترک، فأصالهٔ عدم الهبهٔ معارضهٔ بأصالهٔ عدم التملّک رشوهٔ. «۱»

و الظاهر أنّ حکم هـذا الفرع هو حکم السابق لعدم جریان أصالهٔ الصـحّهٔ لعدم ثبوت الموضوع أی العقد لا أصلـه و لا نوعه و المرجع هو الضـمان فی الأـموال حتّی یثبت خلاـفه لأصالـهٔ عـدم انتقـاله و لو قلنـا بجریـان أصالـهٔ البراءهٔ فی ناحیـهٔ القابض، فإنّما تنفع فی نفی الحرمهٔ التکلیفیهٔ للقابض، و لا تنفی الحرمهٔ الوضعیهٔ بمعنی الضمان لما عرفت من أنّ الأصل فی الأموال هو الضمان.

و أمّا ما أفاده من احتمال الضـمان فی المقام دون السابق، لعـدم الاتّفاق علی وجود عقد مشترک محمول علی الصـحّهٔ فی المقام دون السابق، فغیر مفید لما عرفت أنّ الحقّ هو الضـمان حتّی فی صورهٔ الاتّفاق علی وجود عقد مشترک لأصالهٔ الضـمان فی الأموال، فلیس الاتّفاق و عدمه مؤثّراً فی الضمان و عدمه.

ثمّ إنّه حاول تصحیح تقدیم قول القابض بأمرین:

۱- إجراء أصالهٔ الصحّهٔ فی التملیک المعترف به بالطرفین.

۲- تعارض أصالهٔ عدم الهبهٔ مع أصالهٔ عدم التملّک رشوهٔ.

یلاحظ علی الأوّل بمـا ذکرنـا من أنّ الأصـل الحاکم فی المقام هو أصالـهٔ الضـمان لا أصالـهٔ الصـحّهٔ أوّلًا، و علی فرض جریانها فإنّ موضوعها هو العقد، المشکوک وجوده، لا التملیک ثانیاً، لأنّه یحصل من ضمّ اعتراف الدافع إلی القابض حیث إنّهما یعترفان به غایهٔ الأمر یختلفان فی وصفه.

و یلاحظ علی الثانی: بأنّ الأثر مترتّب علی الهبهٔ لا علی التملیک عن رشوهٔ فتکون الهبهٔ مصبّاً للأُصول یدّعیها القابض و ینکرها الدافع و الأصل مع الثانی حتّی یقیم القابض البیّنهٔ، و یکفی للدافع إنکار الهبهٔ و لا یحتاج إلی إثبات الرشوهٔ

(۱) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروهٔ: ۲/ ۲۶.

لأنّ مجرّد إنکار الهبهٔ کاف فی تقدیم قوله مع الیمین من دون حاجهٔ إلی إثبات کونه رشوهٔ.

و بما ذکرنا یظهر حال الفرع الرابع و الخامس اللّذین ذکرهما الشیخ و لا نطیل الکلام فی المقام و قد طرحناهما فی محاضـراتنا باسـم «المواهب فی أحکام المکاسب» فراجعهما. «۱»

المسألهٔ الثامنهٔ عشرهٔ: فی إحضار الخصم بطلب المشتکی

إذا التمس المشـتکی، إحضـار خصـمه مجلسَ الحکم، فهل یجب مطلقاً، حاضـراً کان فی ولایـهٔ الحاکم أو غائباً، حرّر الـدعوی أو لا، کـانت بینهمـا معاملـهٔ أو لاـ، کـانت فیه مشـقّهٔ أو لاـ أو لاـ یجب مطلقاً غایـهٔ الأمر یبعث إلیه و یُعلمه الموقف و یخیّره بین الحضور أو الحکم علیه غائباً. أو یفصِّل بین الحاضـر و الغائب فلا یُحضـر الثانی إلّا بعد تحریر الدعوی لاحتمال أن لا تکون مسـموعهٔ، و الإحضار قبل إحراز المشـروعیهٔ حرج و ضـرر أو یفصّل بین ما یعلم أنّ بینهما معاملهٔ و عدمه فلا یحضـره إلّا فی الأوّل وجوه و تفاصـیل و إلیک

نقل الكلمات:

قال الشیخ: إذا استعدی رجل عند الحاكم علی رجل و كان المستعدی علیه حاضراً، اعتدی علیه و أحضره سواء علم بینهما معاملهٔ أو لم یعلم، و به قال الشافعی و قال مالك إذا لم یعلم بینهما معاملهٔ لم یحضره لما روی عن علی علیه السلام أنّه قال: لا یَعْدِی الحاكمُ علی خصم إلّا أن یعلم بینهما معاملهٔ و لا مخالف له (هذا إذا كان الخصم حاضراً).

و أمّا إذا ادّعی رجل علی غیره شیئاً و كان المستعدی علیه غائباً فی ولایهٔ

---

(۱) المواهب: ۴۱۳، ۴۱۶، و قد وردا ضمن المسألهٔ الثالثهٔ و الرابعهٔ فلا تغفل.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۳۲۵

الحاكم فی موضع لیس له فیه خلیفهٔ، و لا فیه من یَصلَح للحكم أن یجعل الحكم إلیه فیه، فانّه یُحضره إذا تحرّر دعوی خصمه قریباً كان أو بعیداً و به قال الشافعی. «۱»

حاصله أنّه یحضره مطلقاً إذا كان حاضراً و إلّا فیحضره بعد تحریر الدعوی.

۲- و قال فی المبسوط: إذا استعدی رجل عند الحاكم علی رجل فإن كان حاضر اعتدی علیه و احضره مطلقاً و لیس فی ذلك ابتذال لأهل الصیانات و المروءات فإنّ علیّاً علیه السلام حضر مع یهودی عند شریح ... هذا إذا كان المستعدی علیه حاضراً و أمّا إذا كان غائباً فی غیر ولایته، فإنّه یقضی علی غائب و فیه خلاف، و إن كان غائباً فی ولایته فإن كان له قاض فی موضع غیبته، كتب إلیه و بعث بخصمه إلیه لیحكم بینهما و إن لم یكن له فیه من یصلح أن یقضی بینهما قال لخصمه: حرّر دعواك علیه. «۲»

و مختاره فی المبسوط یخالف مختاره فی الخلاف فی خصوص الغائب حیث اكتفی فی الثانی برأی واحد و هو الإحضار بعد التحریر، و جعله فی المبسوط شقوقاً ثلاثهٔ:

الف: إذا كان خارج ولایته یُقضی علی غائب.

ب: لو كان فی ولایته و كان هناك قاض یبعث إلیه.

ج: لو لم یكن من یصلح للقضاء، یُحضر بعد التحریر.

۳- و قال المحقّق: إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحكم أحضره إذا كان حاضراً أمّا لو كان غائباً لم یَعِدْه الحاكم حتّی یحرّر دعواه و الفرق لزوم المشقهٔ فی الثانی و عدمها فی الأوّل. هذا كلّه إذا كان فی بعض ولایته و لیس له هناك

---

(۱) الطوسی: الخلاف ۳/ كتاب القضاء، المسألهٔ ۳۴۳۳.

(۲) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۵۵۱۵۴.

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج ۱، ص: ۳۲۶

خلیفهٔ یحكم له و إلّا سمع بیّنته و أرسل إلی خلیفته و إن كان فی غیر ولایته أثبت الحكم علیه بالحجّهٔ و إن كان غائباً.

و ما ذكره المحقّق یوافق المبسوط حیث جعل حكم الغائب شقوقاً ثلاثهٔ فإذا كان خارج ولایته، یقضی علیه غائباً، و إذا كان داخل ولایته فإن كان فی موضع إقامته نائب یرسل إلیه و إلّا یحضر بعد التحریر. هذا كلّه فی الرجل و أمّا المرأهٔ فقال المحقّق:

و لو ادّعی علی امرأهٔ فإن كانت برزهٔ فهی كالرجل و إن كانت مخدّرهٔ بعث إلیها من ینوبه فی الحكم بینها و بین غریمها. «۱»

۴- و قال العلّامهٔ: و إذا سأل الخصم إحضار الخصم مجلس الحكم اجیب مع حضوره و إن لم یحرّر الدعوی و لا یجاب فی الغائب إلّا مع التحریر، و لو كان فی غیر ولایته أثبت الحكم علیه و إن كانت امرأهٔ مبرزهٔ كلّفت الحضور و إلّا انفذ من یحكم بینهما. «۲»

و قال الشهید الثانی: إذا كان الخصم فی البلد وجب إحضاره مطلقاً عند علمائنا و أكثر العامّهٔ و قال مالك: إن كان من أهل المروات

لم يحضره إلّا أن يعرف بينهما معاملة صيانة له من الابتذال (ثمّ ذكر بعد بيان كيفية الإحضار) و إن كان فى خارج ولايته فإنّ له أن يحكم عليه بشرائط القضاء على الغائب، و إن كان فى داخل ولايته فإن كان له نائب لم يحضره بل يسمع البيّنة و يكتب إليه، فإن لم يكن هناك نائب فإن كان من يصلح للاستخلاف، استخلفه و أذن له فى القضاء بينهما و إلّا طولب المدّعى بتحرير الدعوى فقد تكون غير مسموعة. «۳»

و ما ذكره قريب ممّا ذكره فى المبسوط غير أنّه جعل للغائب صوراً أربع.

أقول: إنّ المسألة ممّا لم يرد فيه نصّ و ما ذكر من الأقوال، اصطياد من

---

(۱) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۷۹.

(۲) العلّامة الحلى: إرشاد الأذهان ۲/ ۱۴۲.

(۳) زين الدين العاملى: المسالك: ۲/ ۴۰۵.

القواعد العامّة و لكل ذوقه و فهمه.

أمّا الحاضر فى البلد، فلا شكّ أنّ القضاء شُرّع لسماع الدعاوى من الطرفين و هو يقتضى إخبارها بالموضوع ليحضرا حتّى يسمع القاضى كلامهما فى مجلس الحكم و لأجل ذلك يقول ابن سعيد الحلى: «و ينبغى أن لا يحكم بين الخصمين إلّا فى مجلس حكم» «۱»، و لكنّه إن احرز أنّ الدعوى مسموعة، سواء كان صاحبها محقّاً أو لا فيشرع من الإخطار إلى الإحضار و أمّا مع الشكّ فيها، فجواز الإحضار فضلًا عن وجوبه موضع تأمّل و ذلك لأنّ الحاضر لا- تخلو حاله عن أمرين إمّا أن يكون الحضور عليه حرجياً أو ضررياً فإيقاعه فى الضرر و الحرج القطعيين بمجرّد احتمال كون دعواه مسموعة، غير جائز قطعاً إذ معناه تقديم محتمل الضرر على قطعيه إلّا أن يكون المحتمل أقوى، و لا يعلم إلّا بعد بيان الدعوى و تحريرها و المفروض عدمه.

و أمّا غير المتضرّر، فإيجاب الحضور عليه، بلا حجّة (الدعوى المسموعة) يحتاج إلى الدليل و لأجل ذلك يجب أن يقيّد الوجوب إمّا بتحرير الدعوى أو وقوف القاضى من القرائن على أنّ الدعوى مسموعة و إن لم يميّز المحقّ عن المبطل لأنّ سماع الدعوى غير كون مدّعيها محقّاً فعند ذلك يخبره و يطلب منه الحضور و إلّا يحضره على نحو يجمع بين حقّ صاحب الدعوى و كرامة المستعدى عليه بخلوّ إحضاره من أىّ إهانة أو ابتذال و إسقاطه عن عيون الناس، و بما أنّ حضور الخصم مقدّمة القضاء لا نفسه يتخيّر القاضى فى الوصول إليه بين صورها المختلفة. «۲»

و الاستدلال باجتماع على عليه السلام مع أحد الرعايا مجلس شريح، لا يصلح دليلًا، لأنّه عليه السلام كان مدّعياً، لا منكراً، و كان مستعدياً لا مستعدى عليه.

هذا كلّه حول الحاضر بكلا قسميه من المتضرّر و غيره فالشرط الوحيد هو إحراز كون الدعوى مسموعة. و لكن لمّا كان الحضور مقدّمة للقضاء يتوصّل

---

(۱) ابن سعيد الحلى، الجامع للشرائع: ۵۲۵.

(۲) لاحظ مجمع الفائدة: ۱۲/ ۹۲.

القاضى لتحصيل المقدّمة، أسهلها و أبعدها عن الوهن، و هو يختلف حسب اختلاف الأمكنة و الأزمنة فيبدأ بأسهل الطرق، و ينتهى إلى الجلب إلى المحكمة و لكل محلّه و شرطه.

و أمّا الغائب فسیوافیک عنه البحث تبعاً للشرائع تحت عنوان «مسائل تتعلّق بالحکم علی الغائب». «۱»

***

(۱) لاحظ الجواهر: ۴۰/ ۲۲۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۲۹

النظر الثالث فی کیفیة الحکم

اشارة

و فیها مقاصد

المقصد الأوّل: فی وظائف الحاکم

اشارة

و هی سبع:

الأُولی: التسویة فی أنواع الإکرام بین المتخاصمین

من آداب مجلس الحکم رعایة القاضی التسویة بین المترافعین فی أنواع الإکرام و هل هی واجبة أو مستحبّة، أو یفصّل بین الإنصات و العدل فی الحکم فهما واجبان لأنّ الإنصات بمعنی استماع الدعوی و جوابها و هو واجب. وجوه و عبارات الأصحاب مختلفة بین ظاهرة فی الوجوب، و صریحة فی الاستحباب أو فی التفصیل:

۱- قال الشیخ: علی الحاکم أن یسوّی بین الخصمین فی الدخول علیه، و الجلوس بین یدیه، و النظر إلیهما، و الإنصات إلیهما و الاستماع منهما و العدل فی الحکم بینهما. روت أُم سلمة أنّ النبی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم قال: من ابتلی بالقضاء بین الناس فلیعدل بینهم فی لحظه و إشارته، و مقعده فلا یرفعن صوته علی أحدهما بما لا یرفع علی الآخر، و کتب بعض الصحابة إلی قاضیه کتاباً طویلًا. فقال فیه واس بین الناس فی وجهک و مجلسک و عدلک حتی لا ییأس ضعیف من عدلک و لا یطمع

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۳۰

شریف من حیفک. «۱»

۲- قال المحقّق: «التسویة بین الخصمین فی السلام و الجلوس و النظر و الکلام و الإنصات و العدل فی الحکم» «۲» و لعلّ عطف الأخیرین الواجبین علی غیرهما ظاهر فی کون التسویة واجباً فی الجمیع.

۳- قال العلّامة: و تجب علی الحاکم التسویة بین الخصمین إن تساویا فی الإسلام و الکفر، فی القیام و النظر، و جواب السّلام و أنواع الإکرام و الجلوس و الإنصات و العدل فی الحکم. «۳»

۴- و قال فی الإرشاد: إذا حضر الخصمان بین یدیه سوی بینهما فی السّلام و الکلام و القیام و النظر و أنواع الإکرام و الإنصات و العدل فی الحکم. «۴»

و العبارتان الأخیرتان صریحتان فی الوجوب و أمّا عبارة المحقّق فمحتملة له، و سیوافیک فی الوظیفة الثالثة أنّه جوّز تخصیص الخطاب بأحد المترافعین و هو یوافق استحباب التسویة لا وجوبها و ممّن قال بالاستحباب: سلّار، و ابن ادریس.

۵- قال سلّار: و لیکن نظره إلیهما متساویاً و مجلسهما کذلک ... فهذا کلّه ندب. «۵»

۶- و قال ابن إدریس: و یستحبّ أن یکون نظره إلیهما واحداً و مجلسهما بین یدیه علی السواء لا أنّ ذلک واجب علی ما یتوهمه من لا بصیرة له بهذا الشأن. «۶»

استدلّ علی الحکم بروایات غیر نقیّة السند، لکن التعاضد و إتقان المضمون، یدلّ علی الصدور خصوصاً ما رواه سلمة بن کهیل عن أمیر المؤمنین علیه السلام: واس بین المسلمین بوجهک و منطقک و مجلسک حتّی لا یطمع قریبک

---

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۳۹، و المقصود من «بعض الصحابة» هو أمیر المؤمنین علیه السلام علی ما فی روایة سلمة بن کهیل.

(۲) نجم الدین الحلّی: الشرائع: ۴/ ۸۰.

(۳) العاملی، مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۳۰، قسم المتن.

(۴) العلّامة الحلی، إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۴۰.

(۵) سلّار الدیلمی، المراسم: ۲۳۱.

(۶) ابن إدریس، السرائر: ۲/ ۱۵۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۳۱

فی حیفک و لا ییأس عدوک من عدلک. «۱»

یلاحظ علیه: أنّ فی السند عمرو بن أبی المقدام، و هو لم یوثق و کون الراوی من أصحاب الإجماع کالحسن بن محبوب لیس دلیلًا علی کون المرویّ عنه ثقة کما أوضحنا حاله فی کتابنا: «کلیّات فی علم الرجال»: أضف إلی ذلک أنّ «واس» الذی هو لغة فی «اس» بمعنی التعاون من واسی الرجل بمعنی عاونه و هو غیر المساواة، علی أنّه غیر مختصّ بمجلس المرافعة، و التعلیل یناسب کونه مستحبّاً، لأنّ الواجب علی القاضی، هو الحکم بالعدل، فلو قام بعمل طمع القریب فی حیفه، و لکنّه لم یحف، لیس علیه شیء. کلّ ذلک دلیل علی أنّ هذه الأُمور مستحبّة إلّا ما دلّ الدلیل علی وجوبه کالإنصات و العدل فی الحکم.

و منه یظهر حال ما رواه السکونی. «۲»

و قال المحقّق الأردبیلی: إنّ ظاهر الروایة (السکونی) الوجوب و لکن للندرة و ضعف السند و الأصل و ورود الأمر للندب کثیراً خصوصاً فی مقام بیان الآداب الأعم حملت علی الندب «۳» نعم لو انتهی ترک العمل بها إلی تحقیر الآخر و إهانته یحرم.

و قد استثنی من ذلک أمران:

۱- التسویة فی المیل القلبی لأنّ ذلک غیر مقدور.

۲- تفضیل المسلم علی الکافر فلا مانع من کون الکافر قائماً و المسلم جالساً لیمیّزا و لکنّه لا یکون دلیلًا علی العدول عن الحقّ و قضیّة الإمام مع یهودی حضر لدی شریح معروفة. «۴»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۱.

(۲) نفس المصدر، الباب ۳ من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۳۲.

(۳) الأردبیلی، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۵۴.

(۴) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۱۴۹، و ابن قدامة، المغنی: ۱۱/ ۴۴۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۳۲

الثانیة: فی تحریم تلقین أحد الخصمین علی الآخر

قال الشيخ: إذا جلس الخصمان بين يديه لم يكن له أن يلقّن أحدهما ما فيه ضرر على خصمه و لا يهدى إليه، مثل أن يقصد الإقرار فيلقّنه الإنكار، أو يقصد اليمين فيلقّنه ألّا يحلف. «١»

قال المحقّق: «لا يجوز للحاكم أن يلقّن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه، و لا أن يهديه لوجوه الحجاج» «٢»، أى ليس له أن يعين المدّعى فى ادّعائه ليكون ادّعاؤه مسموعاً، كما إذا ادّعى بطريق الاحتمال فيعلمه أن يدّعى بالجزم حتّى تكون دعواه مسموعة، و لا أن يعين المنكر فى إنكاره. كما إذا قال له المدّعى، أقرضته كذا درهماً، فأراد المدّعى عليه أن يقول، بأنّه أدى دينه و بما أنّ هذا النمط من الجواب يجعله مدّعياً لا يقبل منه إلّا بالبيّنة، يُعلمه القاضى لينكر الدين من أساس. كلّ ذلك إدخال ضرر على الخصم و إرشاد لأحد المترافعين ليغلب على الآخر، فالجملتان «٣» فى عبارة المحقّق تشيران إلى معنى واحد و دليل التحريم كونه مخالفاً لشئون القضاء و هو المحايدة و أين هى من تلقين الحجّة على أحد المتخاصمين مضافاً إلى احتمال إيراد الضرر على خصمه، و أمّا ما ذكره المحقّق من أنّه يفتح باب المنازعة و قد نصب لسدّها فليس بكاف إذ لا دليل على تحريمه ما لم ينجر إلى إبطال الحقوق.

نعم لا بأس بالاستفسار و التحقيق و إن استفاد منه الخصم، كما أنّه لا بأس بالتلقين، إذا علم أنّه الحقّ و لا يلزم منه فتح باب المنازعة. هذا كلّه فى القاضى و أمّا الوكيل فهو على طرف النقيض من الحيادة، فله أن يعلمه و يلقنه طريق الغلبة، ما لم يقف على فساد الدعوى و إلّا فيحرم الدفاع عنه

---

(١) الطوسى، المبسوط: ٨/ ١٥٠.

(٢) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ٨٠.

(٣) التلقين، و الهداية و حاول فى مفتاح الكرامة أن يفرّق بينهما بوجه غير مهمّ فلاحظ ج ١٠/ ٣۴.

الثالثة: فى عدم مواجهة أحدهما بالخطاب

قال المحقّق: إذا سكت الخصمان استحب أن يقول لهما تكلّما أو ليتكلّم المدّعى، و لو أحسّ منهما أنّ سكوتهما بسبب احتشامه، أمر من يقول ذلك و يكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمّن من إيحاش الآخر. «١»

و ذكر العلّامة صدر الكلام و ترك ذيله أى قوله: «و يكره أن يواجه أحدهما بالخطاب» و لو كانت التسوية واجبة لما جاز أن يخصّ أحدهما بالخطاب إلّا أن يجعل ذلك قرينة، على كون التسوية لدى المحقّق مستحبّة.

و يظهر من الشيخ أنّه على الحرمة قال: «و لا يقول لواحد منهما تكلّم لأنّه إذا أفرده بالخطاب كسّر قلب الآخر». «٢»

و لكن الكراهة أظهر و قد مرّ عدم الدليل الواضح على وجوب التسوية فى غير الإنصات و العدل فى الحكم.

الرابعة: فى الدعوة إلى الصلح

قال المحقّق: إذا ترافع الخصمان و كان الحكم واضحاً لزمه القضاء و يستحبّ ترغيبهما فى الصلح فإن أبيا إلّا المناجزة، حكم بينهما. «٣»

و قال العلّامة: و إذا اتّضح الحكم وجب، و يستحبّ الترغيب فى الصلح و إن أشكل أخّر إلى أن يتّضح. «۴»

إذا ظهر للحاكم بعد تحرير الدعوى و المنازعة الحكم الحقّ، يحب عليه الحكم به إذا طلب المحكوم له لا ـ مطلقاً كما سيوافيك و كونه فورياً لأجل أنّه

(۱) نجم الدین الحلّی: الشرائع: ۴/ ۸۰.

(۲) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۵۰.

(۳) نجم الدین الحلّی: الشرائع: ۴/ ۸۱.

(۴) العلّامة الحلی، إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۴۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۳۴

حقّ مطالب و لا مسوّغ للتأخیر، کما أنّه إذا لم یظهر الحکم الحقّ، فعلیه أن یتأمّل و یجتهد و یطالع و یباحث العلماء حتّی یظهر الحکم. إنّما الکلام استحباب الدعوة إلی الصلح بعد ظهور الحکم و طلب المحکوم علی وجه لا ینافی الفوریة العرفیة و ما فی المسالک من أنّ الترغیب إلی الصلح، ینافی الفوریة و إلّا لم یصحّ الاشتغال عنه بالترغیب فی الصلح، لیس بتام لعدم منافاته مع الفوریة العرفیة.

و یمکن استظهار الاستحباب مما نذکر.

۱- عمومات الدعوة إلی الصلح، منها: ما رواه اسحاق بن عمار عن أبی عبد الله علیه السلام فی قول الله عزّ و جلّ: (وَ لَا تَجْعَلُوا اللّهَ عُرْضَةً لِأَیْمانِکُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَ تَتَّقُوا وَ تُصْلِحُوا بَیْنَ النّاسِ) «۱» قال: إذا دعیت لصلح بین اثنین فلا تقل علیّ یمین أن لا أفعل. «۲»

و معنی الآیة لا- تجعلوا الیمین بالله مانعاً عن البرّ و التقوی و الصلح لئلّا تبرّوا و تتّقوا، نظیر قوله سبحانه (یُبَیِّنُ اللّهُ لَکُمْ أَنْ تَضِلُّوا ...) (النساء/ ۱۷۶) أی لئلّا تضلّوا، و الآیة نزلت فی عبد اللّه بن رواحة حلف أن لا یدخل ... و لا یکلّمه و لا یصلح بینه و بین امرأته فکان یقول إنّی حلفت بهذا فلا یحلّ لی أن أفعل فنزلت الآیة. «۳»

۲- لو لا الترغیب إلی الصلح ربّما یتوجّه إلی المنکر الحلف و هو مکروه و إن کان صادقاً. «۴»

الخامسة: فیما إذا ازدحمت جماعة من المدّعین

إذا ورد الخصوم إلی المحکمة متعاقبین و عُرف المتقدِّم و المتأخر بُدِئ بالأوّل

(۱) البقرة/ ۲۲۴.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۱ من أبواب الصلح، الحدیث ۵ و لاحظ روایات الباب.

(۳) الطبرسی: ۱/ ۳۲۲، ط صیدا.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۱ من أبواب کتاب الأیمان، لاحظ أحادیثه.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۳۵

فالأوّل.

فإن وردوا جمیعاً، أو لم یُعْرَف الترتیب فقد ذکر المحقّق لحلّ مشکلة الترتیب وجهین:

۱- یُقْرع بینهم.

۲- تکتب أسماء المدّعین و لا یحتاج إلی ذکر الخصوم، و قیل یذکرهم أیضاً لتنحصر الحکومة و یجعلها تحت ساتر ثمّ یُخْرج رُقعة رقعة و یستدعی صاحبها.

ما هو الفرق بین الطریقین و هل الطریق الثانی أیضاً نوع إقراع، و الظاهر أنّه کانت للقرعة فی الأعصار السابقة صورة خاصّة من وضع الرقاع فی بنادق «۱» من طین و سترها و نحو ذلک بخلاف الصورة الثانیة فإنّها لیست إلّا کتابة أسماء المدّعین فی رقاع و صبُّها تحت یدی القاضی مستورة لیأخذها واحدة واحدة و یسمع دعوی من خرج اسمه فی کلّ مرتبة و هذا فی الحقیقة ضرب من القرعة لا علی

الوجه المشهور. «۲».

و کـان تعبّـدهم بـالصورة الأُولی علی حـدّ نقل المحقق أنّه إنّما یعمل بالصورة الثانیـة إذا تعسّـرت القرعـة بالصورة الأُولی و نسبه فی المسالک إلی المشهور.

أمّا لزوم تقدیم السابق وروداً فلأجل أنّه یوجد السبق حقّاً للسابق فی نظر العرف و العقلاء بحیث یرون التخلّف عنه ظلماً و تعدّیاً و هذا کاف فی لزوم العمل به و إذا کان عندهم کذلک فلیس للقاضی التجاوز عنه فیعمّه قوله سبحانه: (فَاحْکُمْ بَیْنَ النّاسِ بِالْحَقِّ) (ص/ ۲۶) فیشمل أیضاً ما یعدّ حقّاً فی نظر عامّة الناس بفطرتهم.

و أمّا إذا لم یعلم السـبق فبما أنّ المقام مظنّة التنازع فالإقراع، الطریق الوحیـد لرفعه نعم المتقدّم بالسـبق أو القرعة إنّما یقدّم فی دعوی واحدة فإن کان له دعوی

---

(۱) البندق کلّ ما یرمی به من رصاص کرویّ و سواه.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۰۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۳۶

غیرها، یحضـر فی مجلس آخر، و یکفی فی لزوم عدم الاشـتغال به. إنّ العدول عنه یعدّ تعدّیاً إلّا إذا لم یتوقف علی صـرف وقت کثیر یعدّ تضییعاً لحقّ الآخرین.

هذا ما یرجع إلی السابق أمّا فی محاکم الیوم، فیراعی الترتیب حسب تسلسل ورود الشکوی لدائرة استلام المرافعات.

و مع ذلک فربّما یری القاضـی أنّ التأخیر فی القضاء، یوجّه ضـرراً کثیراً بالنسـبة إلی أحـد المترافعین أو أنّ المتّهم سوف یترک ولایة القضاء فلا تصل الیـد إلیه، فعنـد ذلک یقـدّم ما هو الأصـلح للقضاء. أو أنّ الاشـتغال بالمرافعـة المتأخّرة، یکون مؤثّراً فی حلّ المرافعة الأُولی أو انّ التحقیق بعدُ لم یتمّ من حیث تکمیل ملفّ المرافعة ففی جمیع ذلک یکون للقاضی، العدول عن السابق إلی اللاحق.

السادسة: فی قطع کلام المدّعی بطرح دعوی جدیدة

إذا کـان المتقـدّم من المـدّعیین أحـقّ فی طرح الـدعوی و سـماع القاضـی منه من غیره، یـترتب علیه أنّه لو قطع المـدّعی علیه، دعوی المـدّعی بـدعوی، لم تسـمع حتی یجیب عن الـدعوی و تنتهی الحکومـة فإنّه حینئذ مدّع متأخّر عن الأوّل فلا تسـمع دعواه ما لم یفرغ القاضـی عن الحکومـة فی الاولی إلّا إذا کانت بین الدعویین صـلة، ربّما تلقی الثانیة ضوءاً فی حال الدعوی الأُولی فلا مانع عندئذ من استماعها.

نعم بعد الفراغ، یستأنف هو دعواه الثانیة إن لم یکن هناک مدّع متقدّم.

السابعة: فیما إذا سبق أحد الخصمین بالکلام

اشارة

لاـ شـکّ أنّ المـدّعی هو الأحقّ بالابتـداء بالکلام لأنّه المشـتکی هو و إذا ترَکَ تُرِکَ، لکن إذا تنازع الخصـمان و زعم أنّ کلّ واحد منهم هو المدّعی نظر، فإن سبق أحدهما بالدعوی، لم یلتفت إلی قول الآخر الذی یقول: أنا المدعی بل علیه أن

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۳۷

یجیب ثمّ إن شاء طرح الدعوی.

لکن إذا لم یبتدئ واحد منهما بالدعوی فلا بدّ فی ترجیح أحدهما علی الآخر، من مرجّح، فقیل: یقدّم من کان جالساً علی یمین خصمه و یکون بالطبع أمام یسار القاضی. قال الشیخ: إذا حضر اثنان عند الحاکم معاً فی حالة واحدة کلّ واحد منهما یدّعی علی صاحبه، من غیر أن یسبق أحدهما بها. روی أصحابنا أنّه یقدّم من هو علی یمین صاحبه و اختلف الناس فی ذلک علی ما حکاه ابن المنذر، فقال: منهم من قال: یُقْرع بینهما و هو الذی اختاره أصحاب الشافعی و قالوا: لا نصّ فیها عن الشافعی، و منهم من قال: یُقدِّم الحاکم منهما من شاء، و منهم من قال: یصرفهما حتی یصطلحا، و منهم من قال: یستحلف کل واحد منهما لصاحبه. دلیلنا: إجماع الفرقة و أخبارهم و لو قلنا بالقرعة کما ذهب إلیه أصحاب الشافعی کان قویاً لأنّه مذهبنا فی کلّ أمر مجهول. «۱»

فظهر أنّ هنا قولین:

۱- یقدِّم قول الجالس عن یمین الخصم.

۲- یقرع، و دلیل القول الثانی واضح أشار إلیه الشیخ فی کلامه إنّما الکلام فی دلیل القول الأوّل.

فقد استدل للأوّل بما رواه الصدوق بسنده عن محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: قضی رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم أن یقدّم صاحب الیمین فی المجلس بالکلام. «۲»

و رواه ابن الجنید عن کتاب الحسن بن محبوب عن محمد بن مسلم «۳» و سند الصدوق إلی محمّد بن مسلم غیر نقی، و سند ابن الجنید إلی الحسن بن محبوب غیر

---

(۱) الطوسی، الخلاف: ۳/ ۳۱۹، کتاب القضاء، المسألة ۳۲، و لاحظ المبسوط: ۸/ ۱۵۴.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۵ من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۲.

(۳) المرتضی، الانتصار: ۲۴۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۳۸

معلوم لنا و هل المراد یمین الخصم، أو یمین القاضی و لیس صریحاً فی یمین صاحبه کما عبّر به الشیخ فی الکتابین. نعم علی ما قرر السیّد المحقّق البروجردی من أنّ الصدوق نقل الأحادیث عن الکتب الثابتة إسنادها إلی مؤلفیها (کما صرّح به الصدوق فی أوّل الفقیه). و أنّ ذکر الاسناد إلی مؤلفی هذه الکتب تبرّعی لا إلزامی، یرتفع الإشکال فی السند.

روی الصدوق بسند صحیح عن الحسن بن محبوب عن عبد الله بن سنان عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «إذا تقدّمتَ مع خصم إلی وال أو إلی قاض فکن علی یمینه یعنی یمین الخصم» و الظاهر أنّ التفسیر من الصدوق و علی فرض صحّته لا یدلّ علی أنّه کان مدّعیاً و أنّ له حقّ السبق بالکلام. و لو قیل بالقرعة أو فوّض الأمر إلی اختیار القاضی لکان أحسن أیضاً.

إذا کثر المدّعون، و وردوا مجتمعین، فقد تقدّم أنّ القاضی یقرع بأحد النحوین، فیقدّم فی الاستماع من خرج اسمه لکن لو افترضنا أنّ بین المدّعین مسافراً أو مرأة ربّما یکون تأخیر سماع دعواهما، سبباً لوقوعهما فی الضرر و الحرج الشدیدین فیقدّما علی غیرهما و ربّما یقال بعدم اقتضاء ذلک سقوط حقّ الآخر، و یمکن أن یقال: إنّما یرجع إلی القرعة إذا لم یکن هناک مرجّح شرعی و المفروض تضرّرهما دون الآخرین، و علی ذلک لا یختصّ الحکم بالمسافر و لا بالمرأة بل یعمّ کل مورد یصاحب الضرر، لو أخّر، و هل یمکن إسراء الحکم إلی ما کان المتضرّر متأخّراً قطعاً، أو لا؟ وجهان:

کراهة الشفاعة للقاضی

ذکر المحقّق أنّه یکره للحاکم أن یشفع فی موردین:

۱- إسقاط حقّ بعد ثبوته

۲- إبطال دعوی قبل ثبوتها

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۳۹

لقول النبی صلّی الله علیه و آله و سلّم لأُسامة: یا اسامة لا تسألنی حاجة إذا جلست مجلس القضاء فإنّ الحقوق لیس فیها شفاعة. «۱» و الحدیث أجنبیّ عن المقام لکون البحث فی شفاعة القاضی، لا شفاعة الغیر عند القاضی.

و قد سبق فی الوظیفة الرابعة: أنّه إذا ترافع الخصمان و کان الحکم واضحاً یستحبّ ترغیبهما فی الصلح، و عند ذلک یقع الکلام فی کیفیة الجمع بینهما و یمکن الجمع بوجهین:

۱- إنّ الترغیب إلی الصلح قبل الحکم بالحقّ و إن کان واضحاً عند القاضی بخلاف المقام فإنّ الشفاعة بعده. «۲»

۲- إنّ الترغیب إلی الصلح راجع إلی حقوق الناس بخلاف المقام فإنّه راجع إلی حدود الله.

علی أنّ القاضی إذا أعیاه الأمر و لم یجد طریقاً صحیحاً للقضاء یأمر بالصلح أیضاً.

المقصد الثانی: فی مسائل متعلّقة بالدعوی

اشارة

و هی خمس:

الأُولی: لا تسمع الدعوی إذا کانت مجهولة

یشترط أن یکون المدّعی به معلوماً بالجنس و النوع و الوصف و القدر کما عن الشیخ و أبی الصلاح و ابنی حمزة و زهرة و إدریس و الفاضل فی التحریر، و التذکرة

---

(۱) النوری، المستدرک: الجزء ۱۷، الباب ۱۱ من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۲.

(۲) لاحظ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۰ من أبواب مقدّمات الحدود.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۴۰

و الدروس فلا تسمع إذا کان مجهولًا کما إذا ادّعی فرساً أو دابّة أو ثوباً أو شیئاً. «۱»

۱- قال الشیخ إنّ ما یدّعیه لم یخل من أحد أمرین إمّا أن یکون أثماناً أو غیرها فإن کان أثماناً فلا بدّ من ثلاثة أشیاء یکون بها معلومة و هو أن یذکر القدر و الجنس و النوع، فالقدر ألف، و الجنس دراهم، و النوع راضیة أو عزیّة.

و أمّا إذا کانت من غیر الأثمان فقسّمها إلی القائمة و التالفة، و القائمة إلی ما یمکن ضبطها بالصفات کالحبوب و الثیاب فیذکر صفاتها و إلی ما لا یمکن فلیذکر القیمة، ثمّ قسم التالف إلی مثلی یذکر صفاته و قیمی یذکر قیمته. «۲»

۲- و قال عماد الدین الطوسی: و لا یجوز سماع الدعوی غیر محرّرة إلّا فی الوصیّة و إنّما تتحرّر الدعوی فی الدین بثلاثة: قدر المال و الجنس و النوع و ربّما احتاج إلی وصف رابع إذا اختلف النوع مثل من ادّعی مائة درهم فلانی و کان بین الصحیح و العلّة تفاوت. «۳»

۳- و قال ابن إدریس: فإن کان أثماناً فلا بدّ من ذکر ثلاثة أشیاء تکون معلومة و هو أن یذکر القدر و الجنس و النوع و أمّا إن کانت غیر الأثمان فقد ذکر نفس ما ذکره الشیخ فی المبسوط. «۴»

۴- و قال المحقّق: لا تسمع الدعوی إذا کانت مجهولة مثل أن یدّعی فرساً أو ثوباً و یقبل الإقرار بالمجهول و یلزم تفسیره و فی الأوّل (عدم قبول الدعوی المجهولة) إشکال. «۵»

و لعلّ المحقّق أوّل من خالف الرأی السائد قبله إذ أیّ فرق بین الدعوی

---

(۱) النراقی، المستند: ۲/ ۵۱۴۵۱۳؛ و السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۳۸.

(۲) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۵۷۱۵۶ بتلخیص.

(۳) عماد الدین، الوسیلة: کتاب القضاء ۲۱۶.

(۴) ابن إدریس، السرائر: ۲/ ۱۷۸.

(۵) نجم الدین الحلّی: الشرائع: ۴/ ۸۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۴۱

و الإقرار، فإنّ الأوّل لا یقبل، و الثانی یقبل لکن یلزم بتفسیره و ربّما قیل إنّ الفرق و هو أنّ إقرار المقرّ یسمع إذ لو ردّ ربّما یرجع عن إقراره فلأجل ذلک یقبل، حتی یفسره بخلاف ادّعاء المدّعی فبما أنّه لصالحه، فلو لم یقبل یرجع و یدّعی شیئاً معلوماً، إذ له داع لأخذ حقّه من غیره.

یلاحظ علیه: أنّ المهم، شمول الأدلّة للمجهولة منهما أوّلًا، و لا اعتبار بهذه الاستحسانات ثانیاً.

و الأولی أن یقال: یجب أن تکون الدعوی ذات أثر شرعی فلو ادّعی علی رجل شیئاً لا أثر شرعی لها کما إذا قال لی عنده شیء، و هو مردّد بین ما له القیمة و ما لیس له قیمة، فلا تشمله الأدلّة و أمّا إذا کان مع کونه مجهولًا، ذا أثر شرعی فیقبل و إن کان مجهولًا من جهة و معلوماً من جهة أُخری کما إذا ادّعی أنّ له علی زید ثوباً أو دابّة فیقبل الادّعاء فإن قامت البیّنة علی تعیین المدّعی به من حیث الخصوصیات التی تختلف بها القیم، و إلّا فیُلزم بالأقلّ قیمة من محتملات الثیاب أو الدواب لا الخارج عنهما و تحتمل القرعة فإذا ادّعی أنّ له علیه ثوباً لکن نسی خصوصیاته، و کان المدّعی به محتملًا بین ثیاب أو دوابّ مختلفة محدودة فإن کان موجوداً یقرع بین الثیاب أو الدواب، فإن تلف فإن اتّفقا فی القیمة و إلّا، فیدفع الأقل.

الثانیة: إیراد الدعوی بصیغة الجزم

اشارة

من شروط صحّة طرح الدعوی إیرادها بصیغة الجزم و علیه لفیف من الفقهاء فلا یصحّ أن یقول: أظنّ أو أتوهّم کذا سواء أ کان فی قلبه جازماً أو لا:

۱- قال المحقّق: و لا بدّ من إیراد الدعوی بصیغة الجزم فلو قال: أظنّ أو أتوهّم لم تُسمع و کان بعض ما عاصرناه یسمعها فی التهمة و یحلف المنکر. و هو بعید عن شبه الدعوی. «۱»

---

(۱) نجم الدین الحلّی: الشرائع: ۴/ ۸۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۴۲

۲ و قال العلّامة: لا یجوز أن یعتمد علی خطّه إذا لم یتذکّر.

و قد تتبع المحقّق النراقی الأقوال فی المسألة و تبعه السیّد الطباطبائی و هی لا تتجاوز عن ستّة.

۱- لا تسمع الدعوی الظنیّة و الوهمیة.

۲- تسمع مطلقاً لو کانت احتمالیة.

۳- تسمع فی صورة التهمة.

۴- تسمع فی صورة الظنّ.

۵- تسمع فیما یخفی و یعسر الاطّلاع علیه کالقتل و السرقة و نحوهما دون ما لا یخفی.

۶- تسمع عند احتمال الإقرار أو وجود البیّنة أو ادّعاء المدّعی أحدهما فإن تحقّق و إلّا سقطت، کما تسقط مع عدم احتمال شیء منهما من الأوّل. «۱»

إنّ الظاهر من کلماتهم أنّ وجه الاشتراط أحد أمرین: إمّا لعدم صدق الدعوی إذا لم یکن جزم فی عرضها، أو لعدم ترتّب أثرها علیه من حلف المدّعی إذا ردّ المنکر علیه، أو القضاء بالنکول، فلا یصحّ للمدّعی الحلف لعدم علمه بصحّة الدعوی کما أنّه لو قضی القاضی بالنکول لما صحّ له التصرّف فی المدّعی به للوجه المذکور، فلأجل ذینک الوجهین التزموا باشتراط الجزم فی صیغة الدعوی مطلقاً أو فی بعض الموارد کما عرفت فی الأقوال.

غیر أنّ هذه الوجوه غیر صالحة للاستدلال.

أمّا الأوّل فیمنع عدم صدق الدعوی مع الظنّ و التهمة و لا یمکن إنکاره بل تطلق علیه الدعوی فی مقام التهمة و غیرها و لأجل ذلک یجوز تحلیف الأمین مع

---

(۱) النراقی، المستند: ۲/ ۵۱۴، و السید الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۴۲ و القول الأخیر لوالد النراقی، أعنی: الشیخ مهدی النراقی فی المعتمد فإذا کان للولد «المستند» فللوالد «المعتمد».

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۴۳

التهمة کما فی غیر واحد من الروایات.

روی بکر بن حبیب: قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام: اعطیت جبّة إلی القصار فذهبت بزعمه قال: إن اتّهمته فاستحلفه، و إن لم تتّهمه فلیس علیه شیء. «۱»

کلّ ذلک یدلّ علی أنّه لا یشترط فی طرح الدعوی الجزم بالصیغة بل یکفی کون الدعوی مقبولة عند العقلاء.

نعم فرق بین المقام و مورد الروایة فإنّ الحالف فیها، هو المدّعی، أعنی: القصّار و الحائک اللذین یدّعیان أنّ الثوب قد سُرِقَ، بخلاف المقام فإنّ الحالف لو قلنا بسماع الدعوی هو المنکر، دون المدّعی و لکن وجه الاستدلال غیر مبنی علی التماثل بین البابین من جمیع الجهات بل من جهة أنّه یجوز طرح الدعوی مع عدم الجزم بهما.

و أمّا الثانی و الثالث: أی قبول الیمین المردودة من المنکر، أو القضاء بالنکول فلا نلتزم بکونها من آثار الدعوی علی وجه الإطلاق لأنّه إنّما یحلف بالیمین المردودة أو یُقضی بالنکول إذا لم یکن هناک مانع و هو فی المقام موجود لأنّ المفروض عدم جزم المدّعی بالمدّعی به فکیف یحلف، أو یتصرّف فیما قُضی له بالنکول.

هذا هو إجمال الکلام فی المسألة و تحقیق الحقّ یقتضی التفصیل و هو.

لا شکّ أنّه إذا علم بالحقّ، صحّ له طرح الدعوی علی وجه الجزم کما أنّه إذا علم بعدمه یحرم علیه طرح الدعوی مطلقاً إنّما الکلام فیما إذا لم یکن له علم جازم أی العلم حسب اصطلاح المنطقیین فهنا صورتان:

الأُولی: إذا کانت معه حجّة شرعیة کما إذا قامت البیّنة علی کونه مدیوناً أو دلّ الاستصحاب علی کونه کذلک، أو أقرّ خارج مجلس الحکم، أو وجد بخطّه أو

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۲۹، من أبواب أحکام الإجارة، الحدیث ۱۶، و یلاحظ الحدیث ۱۷ و ۱۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۴۴

خطّ المدّعى عليه أنّه مديون و أمن من التزوير فإنّه حجّة عقلائية بلا كلام.

الثانية: إذا لم تكن له حجّة شرعية أو بيّنة عقلائية بل لم يكن له إلّا مجرّد احتمال يحتمل معه انتهاء الأمر إلى إقرار المدّعى عليه بالدين و نحوه و الكلام فى كلّ منهما يقع فى موردين:

تارة فى جواز طرح الدعوى من جانب المدّعى و عدمه و أُخرى، فى جواز سماع الدعوى للقاضى و عدمه، و بعبارة أُخرى يقع الكلام تارة فى الحكم التكليفى للمدّعى، و أُخرى فى الحكم الوضعى للقاضى من حيث وجوب السماع و اعمال قواعد القضاء فلنبحث عن الصورتين واحدة بعد الاخرى.

الأُولى: إذا كانت للمدّعى حجّة شرعية

أمّا جواز طرح الدعوى فلا شكّ فى أنّه إذا كان للمدّعى حجّة شرعية، أنّ له حق المطالبة و طرح الدعوى باحدى الصور التالية:

۱- أن يطرح الدعوى بصورة الاخبار و يقول: لى على فلان دينار، من دون أن يذكر مصدرها.

۲- تلك الصورة، لكن يضمّ إليها ذكر المصدر، و يقول: لى على فلان دينار، لقيام البيّنة.

۳- أن يطرح الدعوى بصورة الإنشاء، و يقول خطاباً للقاضى: اطْلب من فلان ديناراً. و إن لم يكن له علم وجدانى، إذ يكفى فى عدم صدق الكذب استناده إلى الحجّة الشرعية خلافاً للمحقّق الرشتى حيث زعم أنّه كذب مسوغ لأجل استنقاذ الحقّ الذى قامت عليه أمارة شرعية.

يلاحظ عليه: أنّ إظهار الدعوى بالجزم مع عدمه فى القلب إنّما يعدّ كذباً و تدليساً إذا لم يستند إلى دليل شرعى، و أمّا معه فلا يوصف به، و قد أشار إليه

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۴۵

صاحب الجواهر فى ثنايا كلامه «۱» و أمّا الكذب المضمونى فهو يتحقّق مع الجزم أيضاً، كما هو واضح.

و أمّا سماع الدعوى فيجب على القاضى سماعها، لوجود المقتضى و هو الدعوى الصحيحة و فقدان المانع، حتّى و لو علم القاضى أنّه استند إلى البيّنة أو القواعد الشرعية و ذلك لشمول الإطلاقات للمقام و لولاه لزم إبطال كثير من الحقوق و يترتب عليه كلّما يترتّب على الدعاوى الصحيحة من لزوم اقامة البيّنة على المدعى و الحلف على المنكر، فلو ردّ الحلف جاز له اليمين حسب ما قامت عليه البيّنة أو الأصل الشرعى و لو قضى القاضى بالنكول جاز له التصرّف فى العين لنفس الدليل، و معه لا حاجة إلى الاستدلال بما ورد فى جواز إحلاف الأُمناء إذا ادّعوا التلف أو إحلاف القصار و الحائك فى صورة التهمة «۲» و قد أشار صاحب الجواهر إلى هذه الصورة و قال: «إنّ المدّعى لا يشترط جزمه فى نفس الأمر لأنّه إذا كانت للمدّعى بيّنة تشهد له بحقّ و هو لا يعلم به فله أن يدّعى به عند الحاكم لتشهد له البيّنة، و كذا لو أقرّ له مقرّ بحقّ و هو لا يعلم فله أن يدّعيه عليه و إن لم يعلم سببه فى نفس الأمر ما هو». «۳»

الصورة الثانية: إذا كانت فاقدة للحجّة الشرعيّة

لا شكّ فى أنّه لا يجوز طرح الدعوى بصيغة الجزم لكونه كذباً مخالفاً لما يعتقد إذ ليس فى نفسه جازماً نعم يجوز له، إظهارها على النحو المنزّه عن كذب و نفاق فقال: أظنّ أو احتمل أنّ لى عندك درهماً فالكلام فى وجوب السماع و ترتيب الأثر و إعمال قواعد القضاء فى حقّه و عدمه، و ربّما يرجّح عدمه لأنّ الدعوى يلزمها أن

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۱۵۴، السطر ۹.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۲۹ من أبواب الإجارة، الحديث ۱۷۱۶.

(۳) الجواهر: ۴۰/ ۱۵۳۱۵۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۴۶

يتعقّبها يمين المدّعى إذا ردّت إليه أو القضاء بالنكول و كلاهما غير ممكنين مع عدم العلم بأصل الحقّ، و لكنّك قد عرفت أنّ الأمرين المذكورين ليسا من أثر مطلق الدعوى، و إنّما يقوم به المدّعى أو القاضى إذا كان العمل بهما ممكناً، لا ما إذا لم يكن كذلك، و الظاهر الاكتفاء بكون الدعوى أمراً مقبولًا عند العقلاء و هو كذلك إذا كان مظنوناً أو متّهماً أو ما إذا اكتنفت الدعوى بأُمور تسوّغ إقامة الدعوى عند العقلاء فيكفى ترتّب الأثر عليها من احتمال إقرار المدّعى عليه على الحقّ، أو يمينه المسقط لحقّ الدعوى أو نحوهما و أقصى ما يلزم أنّه إذا توقّف عن اليمين، تكون الدعوى متوقّفة و كم لها من نظير فى باب القضاء. و يؤيّد ما ذكرنا أمران:

۱- ما قدّمناه من الروايات الواردة فى القصار و الحائك فإنّ الأثر المترتّب عليها، هو جواز إحلاف القصّار هناك و فى المقام.

۲- إنّه لو بنى على سماع خصوص الدعوى القطعية لصار كثير من الحقوق خصوصاً فيما تردّد المدّعى عليه من بدء الأمر بين شخصين، و لكن مهما طال التحقيق و الاستنطاق، يتجلّى الواقع، و يُميّز السارق عن الأمين.

و يمكن أن يقال إنّه يجوز له الجزم فى طرح الدعوى إذا كان المحتمل أمراً مهمّاً يحتمل معه إقرار المدّعى عليه به كالقتل و المال الطائل، بحيث لو طرحها بصورة الظن أو الوهم، يبعد اعترافه به.

ثمّ إنّ القوم قد عدّوا من الصورة الثانية ما لو وجد الوارث فى ديوان أبيه بخطّه ديوناً لأبيه، أو وجد الإمام فى ديوان من لا وارث له ديوناً له، بخطّه، و قد سبق أنّه حجّة إذا كان مأموناً من التزوير فيلحق بالصورة الأُولى، و إلّا فهو من الصورة الثانية.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۴۷

المسألة الثالثة: فى طلب الجواب من المدّعى عليه

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه‍ ق نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء؛ ج ۱، ص: ۳۴۷

إذا تمّت الدعوى من المدّعى هل يُطالِبُ الحاكمُ، المدّعى عليه بالجواب أو يتوقّف ذلك على التماس المدّعى؟ وجهان:

قال الشيخ: كلّ موضع تحرّرت الدعوى، هل للحاكم مطالبة المدّعى عليه بالجواب من غير مسألة المدّعى أم لا؟ قال قوم: لا يطالبه بالجواب من غير مسألة المدّعى، لأنّ الجواب حقّ المدّعى فليس للحاكم المطالبة به من غير مسألته كنفس الحقّ و هو الصحيح عندنا و قال قوم: له مطالبته به من غير مسألة المدّعى لأنّ شاهد الحال يدلّ عليه لأنّ الإنسان لا يُحضِر خصمه إلى الحاكم ليدّعى عليه، و ينصرف من غير جواب و هو قوىّ أيضاً. «۱»

و لا يخفى أنّ الاستناد إلى شهادة الحال، يُرجع القول الثانى إلى الأوّل و معناه، عدم جواز المطالبة إلّا بطلبه صريحاً أو بشهادة الحال.

و قوّاه المحقّق و قال: إنّه يتوقّف لأنّه حقّ له فيقف على المطالبة. «۲»

و لكن الحقّ خلافه، مضافاً إلى كونه خلاف سيرة العقلاء فى المحاكم.

أنّ شاغل منصّة القضاء إنّما نُصب عليه لقطع المخاصمات، و حلّ المشكلات، فما لم يكن هناك موضوع مطروح فلا تكليف له، و أمّا بعده، فهو مأمور بالقضاء بالقواعد، فلا شأن له إلّا هذا فهو يتّبع القواعد إلى نهاية الأمر، إلّا أن يدلّ دليل خاص على لزوم التوقّف و

استفسار الأمر عن أحد المترافعين، و بما أنّه لا دليل على لزوم سؤال المدّعى، فى مورد مطالبة الجواب عن الخصم، لكونه على خلاف المفهوم من الأمر بالقضاء فينهى المخاصمة بالقضاء.

و هناك احتمال ثالث و هو أنّ الجواب حقّ الخصم، ليدفع عن نفسه ما

---

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۵۷.

(۲) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۸۲.

وجّهه إليه المدّعى، و هو يؤيّد عدم الحاجة إلى إجازة المدّعى.

المسألة الرابعة: فى الشكوى على القاضى

قد سبق أنّه يشترط فى صحّة الترافع أن لا يكون القاضى من أطراف المرافعة، فلا يصحّ إذا كان أحد المترافعين قاضياً فيها بل يجب أن يكون كأحد الرعايا و ترفع الشكوى إلى قاض آخر و المسألة عندئذ لا تخلو من الصور الآتية:

۱- إذا كان هناك إمام له رئاسة كلّية على الأنظمة، و منها نظام القضاء، رفعها إليه.

۲- إذا لم يكن رفع الشكوى إلى الإمام ميسوراً و كان المدّعى فى غير ولاية الخصم (القاضى) رفعه إلى قاضى ولايته، و يجب على القاضى الحضور، شأن غيره ممّن تكون بينه و بينه خصومة، و ذلك، لأنّ تعيين القاضى حقّ طبيعى للمدّعى، فتجب على الخصم الإجابة إذا دعى إلى المحكمة.

۳- إذا كان المدّعى فى بلد الخصم الذى هو قاضى ذلك البلد، فلا يصحّ رفع الشكوى إليه، لما عرفت من بطلان كون القاضى أحد المترافعين، لكن إذا كان له خليفة فى ذلك البلد رفعه إليه كما حضر على عليه السلام مع أحد الرعايا عند خليفته أعنى: شريحاً، و بما أنّ النائب يكون خارجاً عن طرف الدعوى، يكون حكمه نافذاً فى حقّهما، و افتراض الخليفة عادلًا، يصدّه عن الجنوح إلى جانب المنوب عنه، إلّا جنوحاً عن لا شعور، و هو ليس بمحرّم.

و هناك احتمال آخر و هو أن يرفع الشكوى إلى قاضى بلد آخر كالصورة الثانية إذ لا دليل على لزوم الرجوع إلى قاضى البلد الذى هو و خصمه، فيه خصوصاً بعد ما عرفت من أنّ تعيين القاضى حقّ طبيعى للمدّعى، فلا وجه لعدم حضوره فى المحكمة و إن كانت فى غير بلده إلّا إذا كان ضررياً أو حرجياً، فما لم يمنعه مانع عن رفع الشكوى إلى أىّ محكمة من المحاكم القريبة أو النائية، فله رفع الشكوى

إليها، إلّا إذا كان هناك تحديد من الحاكم الأعلى للمرافعات خلافاً للشهيد الثانى، حيث منع العدول عن الترافع لدى الخليفة و قال: «و لا تجب إجابة المدّعى إلى الذهاب معه إلى غيره مع وجوده لأنّ العدالة تمنع من التهمة» «۱» و هو كما ترى.

۴- و لو لم يكن له خليفة رفعه إلى حاكم آخر فى غير ولايته.

هذا هو مقتضى الأنظمة السالفة و أمّا اليوم فللاعتراض على أحكام القضاة محكمة خاصّة، هم المعنيّون لرفع التظلم عن الرعايا، نعم تختصّ تلك المحكمة بالنظر إلى الشكاوى المتوجّهة إلى أحكامهم، لا إلى أعمالهم الخارجة عن حيطة قضاءهم فهم فى ذلك مع غيرهم سواء.

المسألة الخامسة: فى جلسة المتخاصمين

يستحبّ للمتخاصمين أن يجلسا بين يدى الحاكم لأنّه الموافق للأدب، و ليتمكّن القاضى من التساوى بينهما فى النظر، و قد جلس على عليه السلام مع خصمه عند شريح «۲» و لو قاما لكان أيضاً جائزاً، كلّ ذلك لباس للقضاء، و ليس لبّاً له و الحاكم يتحرّى فى كلّ زمان، الصورة المناسبة له.

المقصد الثالث: فى جواب المدّعى عليه

اشارة

ذكروا أنّ جواب المدّعى عليه لا يخلو عن ثلاثة: إمّا الإقرار أو الإنكار أو السكوت و لكلّ حكمه و لكن جعل الأخير من أقسام الجواب لا يخلو عن تأمّل فإنّه يرجع إلى عدم الجواب، و لعلّ عدّه منه لأجل اشتراكه فى الإنكار فى الأثر إذا أصرّ

---

(۱) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۰۷.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۵۰

عليه فيكون كالناكل فى ردّ اليمين على المدّعى أو القضاء بالنكول لو قلنا به، و قد نسب إلى المحقّق الأردبيلى قسم رابع و هو الجواب ب «لا أدرى» و هو جواب حقيقة، و أكثر ما يجاب به فى كلام الوارث فيما إذا ادّعىَ على مورّثه من الديون فيجيب ب «لا أدرى» و عدّه قسماً من الإنكار كما ارتكبه المحقّق الرشتى بحجّة اشتراكهما فى نفى العلم، لا فى نفى الواقع، ضعيف لأنّ الإنكار، ادّعاء علم بالعدم، بخلاف «لا أدرى» فهو ادّعاء عدم العلم، و شتّان بينهما فجعله أمراً مستقلًا أولى من إدخاله تحت الإنكار، و لأجل ذلك لا يترتّب عليه حكمه من الاستحلاف على نفى الواقع.

و إليك البحث عنها واحداً بعد الآخر فهنا فصول ثلاثة:

الفصل الأوّل فى إقرار المدّعى عليه

اشارة

اقرار المدّعى عليه بما ادّعاه المدّعى موضوع للمسائل التالية:

۱- يُلزم المدّعى عليه بما أقرّ به و هل اللزوم يتوقّف على حكم الحاكم أولا؟

۲- هل يتوقّف حكم الحاكم على مسألة المدّعى و موافقته لصدور الحكم أو لا؟

۳- لو التمس المقرّ له، أن يكتب له إقرار المدّعى عليه، هل تجب الكتابة أولا؟

۴- ما هو صورة الحكم، إذا حاول أن يكتب؟

۵- إذا امتنع المقرّ عن الأداء مع كونه واجداً.

۶- إذا ادّعى الإعسار و استبان فقره فهل يُنظر أو يسلّم إلى الغرماء؟

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۵۱

۷ إذا جهل حاله، فهل يحبس لتُبيَّن حاله أو لا؟

فهذه فروع سبعة مطروحة حول الجواب بالإقرار فنبحث عن كلّ بعد الآخر.

الأوّل: إلزام المقرّ و التوقّف على حكم الحاكم؟

إذا أقرّ يلزمه ما أقر به إذا كان جامعاً للشرائط، أى جامعاً لشرائط الإقرار و التصرّف و إقراره حجّة على نفسه لما روى عن النبىّ صلّى الله عليه و آله و سلّم انّه قال:: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» «۱» و هل الإلزام مقيّد بحكم الحاكم كما هو الحال فى البيّنة إذا قامت لصالح المدّعى أو لا؟ ذهب العلّامة إلى عدم التوقّف قال فى الإرشاد: «فإن اعترف الزم بأن يقول الحاكم حكمت أو قضيت أو اخرج من حقّه مع التماس المدّعى و إلّا ثبت الحقّ» «۲» و فسّره الأردبيلى بقوله: «و إن لم يلزمه الحاكم و يحكم عليه، ثبت».

و تبعه الشهيد الثانى فى المسالك فحكم بالثبوت و إن لم يرافقه الحكم، خلافاً للأردبيلى حيث قيّد الثبوت بحكم الحاكم و قد استدل الشهيد و غيره على الفرق بين الإقرار و البيّنة فى أنّ الثبوت فيها منوط بحكم الحاكم دون الإقرار بوجوه:

۱- إنّ البيّنة منوطة باجتهاد الحاكم فى قبولها و ردّها و هو غير معلوم بخلاف الإقرار. «۳»

يلاحظ عليه: أنّه لم يعلم الفرق بينهما من هذه الجهة فإنّ الثبوت فى الإقرار أيضاً منوط باجتهاد الحاكم فى قبوله و ردّه لأنّه ربّما لا يكون جامعاً للشرائط إقراراً

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۲ من كتاب الإقرار، الحديث ۲.

(۲) العلّامة الحلى: إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۴۴.

(۳) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۲۹. و الظاهر زيادة بل.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۵۲

و تصرّفاً كما إذا كان محجوراً أو سفيهاً، و ربّما يكون غير صريح فيما يدّعيه المدّعى فنفوذه يتوقّف على حكم الحاكم.

۲- إنّ قبول البيّنة و ردّها يرجع إلى الاجتهاد بخلاف الإقرار. «۱»

يلاحظ عليه: أنّه ليس شيئاً جديداً بل هو نفس الفرق السابق أضف إليه أنّ الإقرار مثل البيّنة ربّما لا يتوقّف قبولها على حكم الحاكم إذا علم قبولها عند الحاكم و إن لم يُنشأ الحكم لمقتضاهما و ربّما تتوقف، و ليس هنا ضابطة كلّية فى أحد الجانبين دون الآخر.

۳- لا مجال لحكم الحاكم مع الإقرار إذ لا خصومة حينئذ كى يحكم بقطعها بخلاف البيّنة.

يلاحظ عليه: أنّ معناه لغويّة حكم الحاكم مع الإقرار مع أنّهم اتفقوا على صحّة الحكم إذا حكم.

۴- إنّ البيّنة حجّة لدى المدّعى دون المدّعى عليه فلا يحصل قطع الخصومة بإقامتها وحدها و يحتاج إلى حكم الحاكم حتّى يكون قوله قاطعاً للنزاع بخلاف الإقرار فإنّه حجّة لدى المترافعين، فلا وجه للتوقّف.

يلاحظ عليه: أنّ الأثر مترتّب على الإقرار الجامع للشرائط و لا يعلمه إلّا القاضى، الكاشف عنه حكمه فكيف لا يحتاج إليه كما سيوافيك بيانه.

و أمّا ثمرة القولين فتظهر الثمرة فى الموارد التالية:

أ: إذا كان مورد النزاع عيناً من الأعيان عند المدّعى عليه، فلو قلنا بعدم الحاجة يجوز للمدّعى التقاص دون القول الآخر.

ب: إذا لم يكن له علم بالمدّعى به إلّا عن طريق إقرار المدّعى عليه، فلو قلنا بعدم الحاجة فله أن يطالبه دون القول الآخر.

---

(۱) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۰۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۵۳

ج: إنّ للحاكم الآخر إنفاذ حكم الحاكم الأوّل، فلو قلنا بعدم الحاجة فله تنفيذه و إن لم يحكم دون القول الآخر.

و الظاهر کما مرّ مضافاً إلی حفظ النظام، و اتّباع السیرة المألوفة أنّ رفع الخصومة أمر فنی لا عادی لا یقوم به إلّا العارف بشئون القضاء، فلا یتحقّق إلّا بحکم من یعرفها، من غیر فرق بین البیّنة و الإقرار، و یمین المنکر أو الیمین المردودة و غیرها، فإحراز کون الإقرار جامعاً للشرائط لا یقف علیه الّا القاضی، و لا یعلم علمه إلّا بحکمه.

و یظهر من المحقّق الأردبیلی، اختیار ذلک القول لکن علّله بوجه غیر تام و قال: إذ الحکم بالثبوت مشکل و لهذا لم یقدر أحد أن یشهد بثبوته فی ذمّته بل (کذا) بإقراره فلیس الحکم إلّا للحاکم لاجتهاده أنّ اقرار العقلاء علی أنفسهم جائز و نحوه و للإجماع فحینئذ تجویز الحکم و أخذ الحقّ عنه لکلّ أحد بغیر رضاً للمقرّ له محلّ التأمّل. «۱»

یلاحظ علیه: أنّ عدم الحکم بثبوته فی ذمّته، لا یکون دلیلًا علی عدم الثبوت من دون حکم الحاکم و ذلک لأنّ الإقرار لیس أمارة علی الثبوت، حتّی یتّخذ دلیلًا علی الثبوت فی الذمّة و یشهد علیه، بل هو موضوع عقلائی للأخذ بما أقرّ به، ثبت فی ذمّته أو لا. و بالجملة عدم جواز الشهادة لا یکون دلیلًا علی توقّف سائر الأحکام المذکورة علی الحکم.

الثانی: توقّف حکم الحاکم علی رضی المقرّ له

إذا أقرّ المقرّ، فهل یتوقّف حکم الحاکم علی مسألة المقرّ له کما علیه الشیخ الطوسی، أو لا یتوقّف کما علیه الآخرون؟ قال الشیخ: فإذا ثبت أنّه یلزمه لم یکن

---

(۱) الأردبیلی، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۲۹.

للحاکم أن یحکم علیه به، إلّا بمسألة المقرّ له، به لأنّ الحکم علیه به، حقّ له فلا یستوفیه إلّا بأمره کنفس الحق. «۱»

و نسبه المحقّق فی المقام إلی «القیل» مشعراً بتمریضه قال: «قیل لا لأنّه حقّ له فلا یستوفی إلّا بمسألته». «۲» مع أنّه ذهب فی مطالبة الجواب عن المدّعی علیه، إلی لزوم مسألة المدّعی کما سبق، و الفرق بین المسألتین غیر واضح و الحقّ عدم الحاجة إلی المسألة فی کلا المقامین و یمکن تقریب ذلک بوجوه:

۱- إنّه مقتضی إطلاق أدلّة القضاء، فالقاضی بعد رفع الشکوی إلیه و حضور المتخاصمین لدیه مأمور بفصل الخصومة و رفعها و لزوم السؤال فی کلتا المرحلتین، خلاف الإطلاق.

۲- و لو قلنا بأنّ الإطلاقات غیر ناظرة إلی هذه الجهة حتّی یتمسّک بإطلاقها، یصحّ التمسّک بالإطلاق المقامی فإنّ لزوم الاستجازة من المدّعی، ممّا یُغفَل عنه فلو کان واجباً لزم التنبیه علیه و لو بدلیل مستقلّ.

۳- إنّ فصل الخصومة و رفع النزاع من حقوق القاضی کی یطهّر المجتمع من الخلاف و هو مطلوب للشارع فما لم ینصرف المدّعی عن النزاع فهو مأمور بالفصل، و یعدّ من شئونه، و معه، لا وجه لتعلیق الحکم برضی المدّعی و هذا البیان غیر التمسّک بالإطلاق کما فی الوجهین الأوّلین.

۴- و الذی یدلّ علی أنّه من حقوق القاضی لا المدّعی، أنّه ربّما یکون التوقّف مزاحماً لحقّ المنکر، کما إذا حلف بطلب من المدّعی، فإیقاف الحکم بعد حلفه علی رضی المدّعی ربّما یزاحم لحقّ المنکر، و ذهاب الیمین بحقّه و هذا و إن کان خارجاً عن محطّ البحث (الإقرار لا الإنکار) لکنّه یصلح مؤیداً للمختار.

---

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۵۸.

(۲) نجم الدین الحلّی: الشرائع: ۴/ ۸۳.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٥٥

الثالث: لو التمس المقرّ له، الكتابة.

إذا كان القضاء ولاية الحكم شرعاً لمن له أهلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معيّنة «١» يظهر الفرق بين الفتوى و الحكم فى الشبهات الحكمية ففى مسألة ثبوت الشفعة لأكثر من شريكين، أو كون الحبوة للولد الأكبر أو لجميع الورثة، أو فى إرث الزوجة عن الأراضى و العقار و عدمه، إذا لم يكن نزاع، يفتى المفتى بالحكم الكلى من دون نظر إلى وجود نزاع فى البين و عدمه، و أمّا معه، فهو يطبق الفتوى الكلّى على المورد، بإنشاء حكم جزئى مماثل للحكم الكلّى فى الجوهر و يفارقه فى الكلّية و الجزئية و إليه يشير قولهم: «الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معيّنة» و على ذلك لا ينفكّ القضاء عن الحكم الجزئى هذا كلّه إذا كانت الشبهة حكمية.

و أمّا إذا كانت الشبهة موضوعية فحقيقة القضاء فيها عبارة عن موازنة أدلّة الطرفين و تبيين الأقوى منهما، كما يشير إليه قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «إنّما أقضى بينكم بالبيّنات و الايمان و بعضكم ألحن بحجّته من بعض». «٢» و بما أنّ الاختلاف فيها ليس فى الحكم الشرعى الكلّى، بل فى الموضوع مثلًا فى أنّ المرأة الفلانية زوجة فلان المتوفّى أولا، أو أنّ العين هل هى ملك لزيد أو عمرو، أو أنّ زيداً مديون لشخص أو لا؟ فجهد القاضى يكون مركّزاً على تبيين الموضوع، و بتبيّنه، يتبعه الحكم الجزئى القضائى فيحكم لها بالميراث، و بالعين بالردّ، و بالخروج عن عهدة الدين و بهذا تبين أنّ القضاء لا ينفكّ عن الحكم مطلقاً و لولاه لما حصل الفصل.

و لو التمس المقرّ له أن يكتب له بالإقرار فهل يجب عليه أو لا؟ فمقتضى القاعدة عدم الوجوب، لأنّ الواجب عليه، هو الفصل بإصدار الحكم و قد فعل

---

(١) زين الدين العاملى، المسالك: ٢/ ٣٨٨.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٥٦

نعم لو توقّف استنقاذ حقّه على الكتابة وجب عليه، إذ ليست الغاية من القضاء مجرّد إنشاء الحكم بل إثبات الحقوق و استيفاؤها للمستحق. نعم له مطالبة الأجر كما له مطالبة قيمة القرطاس و المداد، و ذلك لما مرّ من أنّه يصحّ الجُعل للقضاء إذا لم يكن القاضى مرتزقاً من بيت المال. «١»

الرابع: فى كيفية الكتابة.

للكتابة صور: ١ إذا عرف القاضى المقرّ و المقرّ له باسمهما و نسبهما أو شهد عدلان عليهما، فلا إشكال فى أنّه يكتب المحضر على النحو الذى عرفهما.

٢- إذا لم يعرفهما إلّا من جهة أنّ أحدهما أقرّ للآخر فقال الشيخ فى النهاية بعدم الجواز. قال: و إذا سأل إنسان لغيره عند الحاكم فسأل المقرّ له الحاكم أن يثبت إقراره عنده لم يجز له ذلك إلّا أن يكون عارفاً للمقرّ بعينه و اسمه و نسبه أو يأتى له بيّنة عادلة على أنّ الذى أقر هو فلان بن فلان بعينه و اسمه، لأنّه لا بأس أن يكون نفسان قد تواطئا على انتحال اسم إنسان غائب و اسم أبيه و الانتساب إلى آبائه ليقرّ أحدهما لصاحبه بما ليس له. «٢»

و لكنّه قدّس سرَّه أجاز فى الخلاف، غاية الأمر الوصف يقوم مقام الاسم، و بأنّ الضبط بالحلية يمنع من استعارة النسب فإنّه لا يكاد

يتّفق ذلـك، و الـذى قـاله بعض أصـحابنا، يحمل على أنّه لا يجوز عنـد ما لا يعرفهما أن يكتب و يقتصـر على ذكر نسـبهما فإنّ ذلك يمكن اسـتعارته و ليس فى ذلك نص مسـتند عن أصحابنا نرجع إليه «٣» و قـد وافق المحقّق، كلام الشـيخ فى الخلاف و أجاز الكتابة بالاسم و النسب عند العرفان و بالحلية و الوصف عند عدمه. «۴»

و أظنّ عدم الخلاف فى جواز الاكتفاء بالحلية و الوصف أيضاً، و اقتصار جملة

(١) لاحظ ص ١۵٨١۴٧ من الكتاب.

(٢) الطوسى، النهاية: ٣۴٢٣۴١.

(٣) الطوسى، الخلاف: ٣، المسألة ١۶، ٣١۴.

(۴) نجم الدين: الشرائع: ۴/ ٨٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣۵٧

من الأصـحاب على الأوّل لا يقتضـى الخلاف فى الثانى، و عبارة الشـيخ فى الخلاف حاك عن عدم تجويزهم الكتابة بالاسم و النسب عنـد عدم العرفان، من غير نظر إلى جواز الكتابة بالحلية و عدمها. ثمّ إنّ صـريح ابن إدريس موافقة رأى الشـيخ فى الخلاف من جواز الكتابة بالاسم و النسب، و الحلية و الوصف حيث قال: الذى ذكره و ذهب إليه شـيخنا فى مسائل خلافه هو الذى أقول به و أعمل عليه و يقوى فى نفسى.

لكنّه ذكر بعـد هذا كلاماً تلقّاه العلّامة فى المختلف «١» و صاحب الجواهر «٢» اعتراضاً على الاكتفاء بالحلية، مع أنّ صريح كلامه قبل ذلك اختيار ما ذكره الشيخ فى الخلاف، فلا بدّ من الإمعان فى العبارة فلاحظ. «٣»

و أظنّ أنّ الموضوع لا يحتاج إلى الإطناب، و ليست المسألة من صـميم الإسـلام فالذى يجب على القاضـى رعاية الضوابط الرائجة فى كلّ عصر من كيفية الكتابة، على وجه لا يقع ذريعة للباطل.

قال العلّامة: «و التحقيق أنّه لا مشاحّة هنا لأنّ القصد تخصـيص الغريم و تمييزه عن غيره و إزالة الاشتباه فإن حصل ذلك بالتحلية جاز». «۴»

الخامس: إذا امتنع المقرّ عن الأداء مع كونه واجداً

إذا أقرّ بالحقّ و امتنع عن الأداء فتحلّ عقوبته على وجه يهيّئه لأداء الواجب من الغلظة فى الكلام، و الحبس تأديباً.

(١) العلّامة، المختلف: كتاب القضاء، ١٣٩.

(٢) النجفى، الجواهر: ۴٠/ ١۶٣.

(٣) ابن إدريس، السرائر: ٢/ ١۶٢ «أى قوله» و أيضاً هذا مصـير إلى أنّ الإنسان أن يعمل و يشهد بما يجد به مكتوباً بخطّه من غير ذكر الشهادة ... الخ.

(۴) العلامة، المختلف: كتاب القضاء، ١٣٩.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣۵٨

قال العلّامـة: فإن عرف كذبه حبس حتّى يخرج من الحقّ «١» لقوله صـلّى الله عليه و آله و سلّم: «لىّ الواجد يُحِلّ عقوبته و عرضه». «٢» «اللّى» هو التسويف بالوفـا، و فى خبر غيـاث بن إبراهيم عن على عليه السـلام أنّه كـان يفلّس الرجـل إذا التوى على غرمـائه ثمّ يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص فإن أبى باعه فقسّم بينهم «٣» و فى و رواية عمار «يحبس» مكان يفلس و هو تصحيف و المراد من الالتواء

هو التثاقل. و الظاهر أنّ الحبس فی أمثال المقام للتأدیب لإیجاد التهیّؤ للقیام بالواجب فلو لم یؤثر یقوم الحاکم بالاداء ببیع ماله کما فی الروایة.

و لا ینافیه ما رواه زرارة عن أبی جعفر علیه السلام قال: «کان علی علیه السلام لا یحبس فی الدین إلّا ثلاثة: الغاصب، و من أکل مال الیتیم ظلماً، و من ائتمن علی أمانة فذهب بها، و إن وجد له شیئاً باعه غائباً کان أو شاهداً». «۴»

و ذلک لأنّ الحدیث یحکی فعل الإمام لا قوله، و کم فرق بین حصر فعله فی الثلاثة، و حصر قوله فیها؟ و الأوّل لا یفید الحصر فی الحکم الشرعی و لعلّ دائرته أوسع من الثلاثة لکن المصلحة آنذاک اقتضت أن لا یحبس غیر الثلاثة و هو لا یدلّ علی عدم الجواز فی غیرها.

ثمّ إنّ الشیخ الطوسی حاول الجمع بوجهین تبرعیین ذکرهما الشیخ الحرّ فی الوسائل «۵» و ربّما یحاول فی إدخال الغریم الواجد المتثاقل، تحت عنوان الغاصب، أو من ائتمن علی أمانة ... و هو کما تری.

---

(۱) العلّامة الحلی، مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۷۲، قسم المتن.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۸ من أبواب القرض، الحدیث ۴.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۶ من أبواب الحجر، الحدیث ۱.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲.

(۵) المصدر نفسه.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۵۹

السادس: إذا ثبت إعسار المقرّ فهل یُنظر أو یسلَّم إلی الغرماء أو ...؟

إذا ادّعی الإعسار کشف عن حاله فإن استبان فقره ففیه أقوال:

۱- الإنظار إلی میسرة.

۲- التسلیم إلی الغرماء لیستعملوه أو یؤاجروه، ذکره الشیخ فی النهایة بصورة الروایة.

۳- إذا لم یکن ذا حرفة خُلِّی سبیله و إن کان ذا حرفة دفعه الحاکم إلی الغریم لیستعمله فما فضُل عن قوته و قوت عیاله بالمعروف، أخذ بحقّه و هو خیرة ابن حمزة فی قضاء الوسیلة.

۴- یخلّی سبیله و لکن إن کان ذا حرفة یجب علیه الکسب لأداء الدین بعد إخراج المؤنة و هو خیرته فی کتاب الدین.

أمّا القول الأوّل: فهو المشهور بین الفقهاء تبعاً للذکر الحکیم: (وَ إِنْ کانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلی مَیْسَرَةٍ). (البقرة/ ۲۸۰)

قال المفید: فإن ظهر بعد حبسه إیّاه أنّه معدم فقیر خُلّی سبیله و أمره أن یتمحّل حقّ خصمه و یسعی فی الخروج ممّا علیه. «۱»

۱- قال ابن إدریس: فإن ذکر إعساراً، کشف عن حاله، فإن کان علی ما قال، أُنظر و لم یُحبَس، و إن لم یکن کذلک، الزم الخروج إلی خصمه من حقّه. «۲»

۲- و قال المحقّق: و لو ادّعی الإعسار کشف عن حاله فإن استبان فقره، أنظره. و فی تسلیمه إلی غرمائه لیستعملوه أو یؤجروه روایتان أشهرهما الإنظار. «۳»

---

(۱) المفید، المقنعة: ۷۲۳.

(۲) ابن إدریس، السرائر: ۲/ ۱۶۰.

(۳) نجم الدین الحلی: الشرائع: ۴/ ۸۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۶۰

۳- و قال العلّامة: فإن ادّعی الإعسار و عُرف صدقه بالبیّنة أو اعترف خصمه أُنظرَ حتّی یوسِّع الله تعالی علیه. «۱»

۴- و قال الشهید: فإن ثبت إعساره فهل یخلّی سبیله أو یسلّم إلی الغرماء؟ المشهور بین الأصحاب هو الأوّل لقوله سبحانه: (وَ إِنْ کانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلی مَیْسَرَةٍ). «۲»

۵- و قال الأردبیلی: فالمشهور بین الأصحاب انّه یُنظر و یخلّی سبیله حتّی یوسّع الله علیه و یقدر علی أداء الحقّ أو بعضه فیؤخذ بقدر ما یقدر لقوله تعالی: (وَ إِنْ کانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلی مَیْسَرَةٍ). «۳»

إلی غیر ذلک من الکلمات المماثلة و یدلّ علیه بعد الذکر الحکیم کما عرفت ما رواه غیاث بن إبراهیم عن جعفر عن أبیه أنّ علیّاً علیه السلام کان یحبس فی الدین فإذا تبیّن له حاجة و إفلاس خلّی سبیله حتی یستفید مالًا. «۴»

و ما رواه السکونی عن علی علیه السلام إن امرأة استعدت علی زوجها أنّه لا ینفق علیها و کان زوجها معسراً فأبی أن یحبسه و قال: إنّ مع العسر یسراً. ۵

أمّا القول الثانی: فقد نسب إلی الشیخ فی النهایة لکن کلامه فی باب الدین موافق للقول الأوّل، نعم ذکره فی باب القضاء فقد ذکر فی آخره أخباراً و منها الخبر الدالّ علی التسلیم و لم یظهر إفتاؤه به قال فی کتاب الدین: فإن حبسه ثمّ ظهر له بعد ذلک إعساره، وجبت تخلیته ۶ نعم روی فی کتاب القضایا و الأحکام عن السکونی عن جعفر عن أبیه انّ علیّاً علیه السلام کان یحبس فی الدین ثمّ ینظر فإن کان له

---

(۱) العلّامة، إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۴۴.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۰۸.

(۳) الأردبیلی، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۳۱ و قد خصّ صاحب الوسائل، باباً فی کتاب الدین للأنظار فلاحظ: الجزء ۱۳، الباب ۲۵ من أبواب الدین.

(۴) ۴- ۵ الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۷ من أبواب الحجر، الحدیث ۱ و ۲.

(۵) ۶ الطوسی، النهایة، کتاب الدین: ۳۰۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۶۱

مال أعطی الغرماء و إن لم یکن له مال دفعه إلی الغرماء فیقول لهم: اصنعوا ما شئتم. إن شئتم، ف آجروه و إن شئتم استعملوه «۱» ذکره فی باب أسماه «باب جامع فی القضایا و الأحکام» و هو لیس دلیلًا علی الإفتاء به و حمله فی الوسائل علی من یعتاد إجارة نفسه و العمل بیده.

و لا یخفی أنّ الروایة مخالفة للذکر الحکیم، من الأمر بالإنظار و ما استفاض به الأخبار فی کتاب الدین. «۲» و خصوص ما رویناه عن غیاث بن إبراهیم عن علیّ علیه السلام کما عرفت، مضافاً إلی بعده عن روح الإسلام من تسلیط الدائن علی الغریم لیستعمله.

قال المحقّق الأردبیلی: و أنت تعلم أنّه لا یمکن فی مثل هذه المسألة العمل بمثل هذه الروایة المخالفة للعقل فإن حبس شخص قبل موجبه غیر معقول، و أنّ تسلیط شخص علی آخر أیّ شیء شاء یفعل به مع عجزه مما یأباه العقل و النقل من عموم القرآن و خصوص (فَنَظِرَةٌ إِلی مَیْسَرَةٍ) و الحدیث، و خصوص الروایة المتقدّمة و الشهرة. «۳»

أمّا القول الثالث: فهو خیرة ابن حمزة قال: فإذا ثبت إعساره خلّی سبیله إن لم یکن ذا حرفة یکتسب بها، و أمره بالتمحّل (الصبر)، و إن کان ذا حرفة دفعه إلیه لیستعمله ممّا فضل عن قوته أو قوت عیاله بالمعروف أخذ بحقّه «۴» و هو فی الحقیقة أخذ ببعض مضمون

الحدیث، فَطَرحَ مؤاجرته و اکتفی باستعماله و خصّ به لمن له حرفة، لا مطلق المعسر.

---

(۱) الطوسی، النهایة، کتاب الوصایا: ۳۵۲ و لاحظ الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۷ من أبواب الحجر، الحدیث ۳.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۲۵ من أبواب الدین.

(۳) الأردبیلی، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۳۳ و مقصوده من الروایة المتقدّمة روایة غیاث بن إبراهیم و لا یخفی أنّ الحبس قبل ثبوت موجبه (الیسار) جائز لأنّه لیس تأدیبیاً بل استظهاراً للواقع إذ فی تخلیة سبیله ضرر مظنون کما لا یخفی، و قد مضی الکلام فیه.

(۴) ابن حمزة، الوسیلة، کتاب القضاء: ۲۱۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۶۲

أمّا القول الرابع: فهو أیضاً خیرة ابن حمزة فی کتاب الدین قال: و إن کان المستدین معسراً صبر علی من له الدین حتّی یجد، فإن کان مکتسباً أمر بالاکتساب و الانفاق بالمعروف علی نفسه و عیاله و صرف الفاضل فی وجه دینه و إن کان غیر مکتسب خلّی سبیله حتّی یجب. «۱» و هذا القول غیر القول الثالث کما لا یخفی و قد زعم العلّامة وحدة القولین فذکر ما یؤیّد القول الرابع لا الثالث الذی هو المشهور عن ابن حمزة، قال: و ما قاله ابن حمزة لیس بعیداً عن الصواب لأنّه متمکّن من أداء ما وجب علیه و إیفاء صاحب الدین فیجب (الکسب) علیه کما یجب علیه السعی فی المئونة و لأنّه مع تمکّنه من الکسب لا یکون معسراً لأنّ الیسار کما یتحقّق بالقدرة علی المال، یتحقّق بالقدرة علی تحصیله و لهذا منع القادر علی الکسب من أخذ الزّکاة. «۲»

و لأجل وجود قولین لابن حمزة اعترض المحقّق الأردبیلی علی العلّامة بأنّ ما ذکره لا یؤیّد مذهب ابن حمزة من تسلیم المدین إلی الغریم لیستعمله، فیمکن کون ذلک کنایة عن وجوب الکسب إذا کان ذا کسب و حرفة یقدر معها من تحصیل ما یصرفه فی الدین و لکن لا یکون مفوّتاً لما یجب علیه و لا یکون شاقّاً لا یُتحمَّل مثله عادة فیکون الکسب لتحصیله واجباً کما إذا کان عنده عروض من غیر جنس ما یجب علیه، یجب علیه أن یبیع و یحِل ما هو من جنس ما علیه علی أیّ وجه کان فیأمره الحاکم بذلک. «۳»

الظاهر أنّ القول الرابع هو الحقّ فإنّه إذا کان ذا حرفة لائقة بشأنه آنذاک وجب علیه التکسّب، و تعلیق أداء الدین علی حصول الیسار، مخالف لإطلاق الأدلّة غایة الأمر خرج العاجز موضوعاً. و إن شئت قلت: إنّ العرف یری الطبیب

---

(۱) ابن حمزة، الوسیلة، کتاب الدین: ۲۷۴.

(۲) العلّامة الحلّی، المختلف، کتاب القضاء، الفصل السادس فی توابعه: ۱۵۹.

(۳) الأردبیلی، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۳۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۶۳

و أمثاله قادراً علی أداء الدین فیجب علیه.

نعم لا یجب علیه ما هو خارج عن شأنه کالاحتشاش و الاصطیاد و الاغتنام و التلصّص فی دار الحرب و قتل الأبطال و سلب ثیابهم و سلاحهم، کما لا تؤمر المرأة بالتزویج لتأخذ المهر، و لا یؤمر الرجل بخلع زوجته فیأخذ عوضه «۱» لأنّ الواجب أداء الدین و هو منصرف إلی الصورة اللائقة بحال الرجل لا الخارج عنه.

و الحاصل أنّ ما ذهب إلیه ابن حمزة فی کتاب الدین هو الأقوی و أمّا حمل الحدیث علیه، فهو بعید عن ظاهره و لأجل ذلک یقول فی الجواهر: «فإنّ ذلک (قول ابن حمزة) لا یفید إلّا وجوب التکسّب علیه و هو غیر دفعه إلیهم و جعلهم أولیاء إن شاءوا استعملوه و إن شاءوا آجروه». «۲»

السابع: فی حبس مدّعی الإعسار حتّی یتبیّن حاله

إذا ادّعی الإعسار و لم یصدّقه الخصم فهل یجوز حبسه حتّی یتبیّن الحال أو لا؟ فیه أقوال:

۱- الحبس حتّی تتبیّن حاله و هو الظاهر من المفید و أبی الصلاح.

۲- التفصیل بین ما کان له أصل مال فیُحبس حتّی یثبت الإعسار و ما لم یکن لـذلک قبلت دعواه و لا یکلّف البیّنـة و للغرماء مطالبته بالیمین و هو خیرة المحقّق فی کتاب الحجر و المقام. «۳»

---

(۱) الطوسی، المبسوط، کما فی مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۷۴.

(۲) النجفی، الجواهر: ۴۰/ ۱۶۶ و العجب أنّ صاحب المسالک عند تحریر المقام لم تحضره الروایة، و أعجب منه ما احتمله الفاضل الآبی فی کشف الرموز، (ج ۲/ ۴۴۹) أنّ مستند هذا الحکم وراء روایة السکونی روایة زرارة عن أبی جعفر التی رواها فی الوسائل فی الجزء ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب کیفیّة الحکم، مع أنّه لا صلة لها بهذا الحکم.

(۳) سیأتی مصدره.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۶۴

۳ لا یُحلَّف مدّعی الإعسار، و إن کان بعد الیسار و یخلّی سبیله و لا یتوقّف علی إقامة البیّنة، و هو خیرة الأردبیلی. «۱»

قال أبو الصلاح: و إن ادّعی المقرّ أو المشهود علیه إعساراً یعلمه الحاکم أو تقوم به بیّنة فی الحال لم یحبسه و لکن یقرّر علیه ما یفضل من تکسّبه عن قوته و عیاله لغریمه و إن لم یعلم ذلک من حاله و لا قامت به البیّنة حبسه و کشف عن أمره. «۲»

و قال المفید: «و إن لم یعلم بصحّة دعواه فی الإعسار کان له حبسه». «۳»

و قال المحقّق: و هل یحبس حتی تتبیّن حاله فیه تفصیل ذکر فی باب الفلس و قال فیه: لو لم یکن له مال ظاهر و ادّعی الإعسار فإن وجد البیّنة قضی الحاکم بها و إن عدمها و کان له أصل مال أو کان

أصل الدعوی مالًا حُبس حتّی یثبت إعساره، فإن لم یعلم أصل مال (و لا کانت الدعوی الثابتة علیه مالًا) و ادّعی الإعسار قبلت دعواه و لا یکلّف بالبیّنة و للغرماء مطالبته بالیمین. «۴»

و قال العلّامة فی القواعد: و إن اشتبه فإن عرف ذا مال أو کان أصل الدعوی مالًا حبس حتی یثبت إعساره، و إلّا حلف علی الفقر فإن نکل حلف المدّعی علی القدرة و حُبس. «۵»

و قال فی الإرشاد: فإن ادّعی الإعسار و عُرِف صدقُه بالبیّنة أو اعترف خصمه أُنظر حتی یوسّع الله تعالی علیه، و إلّا طولب بالبیّنة إن کان له مال ظاهر أو کان أصل الدعوی مالًا، و إلّا حلف. «۶»

و قال الشهید: فإن ادّعی الإعسار فإن کان له أصل مال قبل ذلک أو کان

---

(۱) سیأتی کلامه أثناء القول الثانی.

(۲) أبو الصلاح، الکافی، کتاب القضاء: ۴۴۷.

(۳) المفید، المقنعة، کما فی مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۷۵.

(۴) نجم الدین الحلّی: الشرائع: ۲/ ۲۵۰.

(۵) العاملی، مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۷۴، قسم المتن.

(۶) العلّامة، إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۴۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۶۵

أصل الدعوی مالًا کلّف البیّنة علی تلفه فإن لم یقمها حبس حتّی تبیّن إعساره و لو لم یعرف له أصل مال و لا کانت الدعوی مالًا بل کانت جنایة أو صداقاً أو نفقة قریب، قبل قوله: بیمینه. «۱»

و قبل الخوض فی أدلّة الأقوال نذکر مقتضی القاعدة:

هل المتفاهم من الأدلّة أنّ الإعسار شرط الإنظار أو أنّ المتفاهم منها أنّ الیسار شرط جواز الإجبار و الحبس؟

فإن قلنا بالأوّل، فما لم یحرز الشرط و لم یتبیّن کونه معسراً، لا یجب إنظاره، فتکون النتیجة جواز إجباره و حبسه.

و إن قلنا بأنّ الیسار شرط الإجبار و الحبس، فما لم یتبیّن کونه موسراً، لا یجوز التغلیظ علیه و تکون النتیجة هو وجوب الإنظار و عدم جواز الحبس.

یدلّ علی الأول، ظاهر قوله سبحانه: (وَ إِنْ کانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلی مَیْسَرَةٍ) حیث علّق الإنظار علی الإعسار، و روی عبد الله بن سنان عن أبی عبد الله علیه السلام قال: قال النبی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: کما لا یحلّ لغریمک أن یمطلک و هو مؤسر فکذلک لا یحلّ لک أن تعسره، إذا علمت أنّه معسر «۲»، فدلّ علی أنّ الإعسار شرط لعدم حل التعسر و هو یلازم عدم وجوب الانظار ما لم یحرز الشرط.

و یدلّ علی الثانی، قوله: لیّ الواجد یحلّ عرضه و عقوبته ۳، حیث علّق العقوبة علی کونه واجداً و موسراً و الظاهر أنّ الأدلّة لیست ناظرة إلی هذه الجهة و أنّ الإذعان بأحد الأمرین مشکل، فتصل النوبة إلی الأُصول و سیوافیک أنّ الصور ستّة لأنّ الحالة السابقة إمّا أن تکون الإیسار، أو الإعسار، أو مجهولة أو علی کلّ تقدیر إمّا أن یقیم المدّعی البیّنة علی الإیسار أو لا.

---

(۱) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۰۱.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۸ من أبواب الدین، القرض، الحدیث ۵ و ۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۶۶

و إلیک أدلّة الأقوال:

أمّا القول الأوّل أی الحبس مطلقاً حتّی یثبت الإعسار فیدلّ علیه خبر غیاث بن إبراهیم عن علی علیه السلام أنّه کان یحبس فی الدین فإذا تبیّن حاجة و إفلاس خلّی سبیله حتّی یستفید مالًا. «۱»

یلاحظ علیه: أنّه لا ینافی تفصیل المحقّق، لأنّ الظاهر من الدین هو المال المقترض، أو ثمن الجنس المشتری لا مثل مهر الزوجة أو أرش الجنایة، و بما أنّه نقل فعل لا یمکن الأخذ بإطلاقه حتّی یعمّ جمیع الصور و عندئذ ینطبق علی القسم الأوّل المذکور فی کلام المحقّق من کون أصل الدعوی مالًا و الاستصحاب یقتضی بقاءه، و ادّعاء الإعسار یخالفه فعلیه البیّنة و إلّا یحلف المنکر أی الدائن إلّا إذا تبیّن الإعسار.

و أمّا القول الثانی ففیه شقوق:

۱- إذا ادّعی الإعسار و لم یکن له مال ظاهر، و أقام البیّنة قضی بها الحاکم، مطلقاً من غیر فرق بین کون الحالة السابقة هی الإعسار أو الیسار أو کانت مجهولة. فیکون حکم الجمیع واحداً.

۲- إذا ادّعی الإعسار و لم یکن له مال ظاهر و لم یقم بیّنة فهنا صور ثلاث:

أ: إمّا أن تکون الحالة السابقة، الیسار.

ب: أو تکون الحالة السابقة الإعسار.

ج: أو تکون الحالة السابقة مجهولة.

أمّا الصورة الأولى كما إذا كان له أصل مال معهود سابقاً أو كان أصل الدعوى مالًا كالقرض و نحوه، حُبسَ حتّى يثبت إعساره و ذلك لأصالة بقاء المال و لو قيل بكونها أصلًا مثبتاً بالنسبة إلى اليسار، أستصحب نفس وصف اليسار

(١) الوسائل: الجزء ١٣، الباب ٧ من أبواب الحجر، الحديث ١.

حتّى يثبت الاعسار فعلى المدين إقامة البيّنة على عروض الإعسار و إلّا حلف المنكر و حكم عليه بأداء الدين فإن أدّى و إلّا حبس حتى تتبيّن حاله فإن تبيّن يساره، أمر بالأداء، و إلّا قام الحاكم مكانه و إن تبيّن عروض الإعسار خلّى سبيله.

و الحاصل أنّ مدّعى عروض العسر بعد اليسر، يكون مدّعياً، و القول قوله مخالفه و هو بقاء اليسار بيمينه فعلى الأوّل إقامة البيّنة و إلّا يحلف الثانى.

و استشكل فيه المحقّق الأردبيلى «١» بأنّه لا يخلو عن شىء و قال: إذ قد لا يكون له بيّنة و يكون معسراً و المال تالفاً و لم يكن ظالماً حتى يحلّ عرضه و عقوبته عاجلة من غير ظهور وجهها و مجرّد وجود مال عنده لا يستلزم بقاءه حتّى يحبس لإعطائه فالحبس بعيد خصوصاً إذا كان ظاهر حاله إتلافه مثل أن يستقرض ليُخرِجه فى مئونته مع حاجته أو وجد عنده و لكن يحتاج فى كلّ يوم إلى نفقة، فالظاهر من حاله أنّه أخرجه و من أنّى يأتى بالبيّنة حين إخراج كلّ درهم درهم فيمكن عدم الحبس بل الإحلاف على عدم بقائه عنده، فتأمّل، و يخلّى سبيله إلى ميسرة. «٢»

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره مجرّد احتمال لا يقاوم الحجّة و هو الاستصحاب، و إلّا لزم الامتناع عن القضاء فى أكثر الموارد لأجل هذه الاحتمالات، نعم لو كان ظاهر حاله إتلافه كما فى الاستقراض لأجل الصرف فى المؤنة فهو خارج عن مصبّ الكلام بل يجب عندئذ إقامة البيّنة على مدّعى البقاء لما سيوافيك. من أنّ المدّعى و المنكر من المفاهيم العرفية، فعلى مدّعى البقاء مع الاعتراف بأنّه استقرض للصرف فى المؤنة، إقامة البيّنة نعم للعلّامة فى المقام كلام قيّم قال: «و مع ذلك، فليس للحاكم حبسه و الغفلة عنه بالكلّية، و لو كان غريباً لا يتمكّن من إقامة البيّنة وكّل القاضى من يبحث عن منشئه و منتقله، و تفحّص عن أحواله بقدر الطاقة فإذا غلب على ظنّه إفلاسه شهد به عند القاضى لئلا تتخلّد عليه

(١) بيان للقول الثالث الذى نوّهنا به فى صدر البحث.

(٢) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ١٢/ ١٣۵.

عقوبة السجن. «١»

أمّا الصورة الثانية أعنى: إذا لم يكن له مال ظاهر و كانت الحالة السابقة هى الإعسار، كما إذا طلب الزوجة مهرها، ففى هذه الصورة، البيّنة لمن يدّعى اليسار و التمكّن و إلّا يحلف مدّعى الإعسار، و إن ردّ اليمين على مدّعى اليسار و حلف حكم على المدين بأداء الدين فإن أدّى و إلّا حبس حتّى تتبيّن حاله فإن تبيّن يساره أمره الحاكم بالأداء و إلّا يقوم عنه بالأداء و إن تبيّن إعساره خلّى سبيله.

أمّا الصورة الثالثة أعنى: إذا جهلت الحالة السابقة، فهل مدّعى اليسار و القدرة يقيم البيّنة و إلّا يحلف الآخر، أو أنّ الأصل فى الأموال جواز المطالبة و التضييق عند العقلاء حتّى يثبت الخلاف و عليه عملهم؟ و لعلّ الثانى هو الأقوى و يؤيّده ما حكى من عمل الإمام على عليه السلام من الحبس من غير فصل بين الحالات.

و أمّا القول الثالث و هو خيرة المحقّق الأردبيلى فقد علم وجهه ممّا نقلناه عنه استشكالًا على المحقّق فلاحظ.

نعم لا يحبس الوالد و لا الوالدة للولد لمنافاة الحبس للمصاحبة بالمعروف كما قال سبحانه: (وَ صَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً) (لقمان/

(۱۵).

و یدلّ علیه خبر الحسین بن أبی العلاء قال: قلت لأبی عبد الله: ما یحلّ للرجل من مال ولده؟ قال علیه السلام: «قوته بغیر سرف إذا اضطرّ إلیه» قال: فقلت له: فقول رسول الله صلّی الله علیه و آله و سلّم للرجل الذی أتاه فقدم أباه فقال له: أنت و مالک لأبیک فقال علیه السلام: «إنّما جاء بأبیه إلی النبی صلّی الله علیه و آله و سلّم فقال: یا رسول الله: هذا أبی و قد ظلمنی میراثی عن أُمی فأخبره الأب أنّه قد أنفقه علیه و علی نفسه و قال صلّی الله علیه و آله و سلّم أنت و مالک لأبیک و لم یکن عند الرجل شیء أو کان رسول الله صلّی الله علیه و آله و سلّم یحبس الأب للابن» و یؤیّده سائر

(۱) العلّامة الحلّی، التذکرة، کتاب الحجر: ۲/ ۵۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۶۹

الأخبار الدالّة علی أنّ الولد و ماله لأبیه. «۱»

قال فی القواعد: و یجوز الحبس فی دین الولد. «۲»

و قال المحقّق الثانی: فی روایة الحسین بن أبی العلاء عن الصادق علیه السلام ما یدلّ علی عدم الجواز، و إن کان فی الحسین قول، لکن ظاهر قوله علیه السلام: «أنت و مالک لأبیک» و مؤکّدات القرآن فی حقّ الوالدین مؤیدة لهذا الروایة، و القول بعدم الجواز لا یخلو من قوّة، و اختاره فی التذکرة. «۳»

و منه یعرف حال المریض، إذا کان الحبس ضرریاً أو حرجیاً علیه فینظر حتی یبرأ.

هذا کلّه حول الإجابة بالإقرار، بقی الکلام فی الإجابة بالإنکار و السکوت أو ب «لا أدری» و إلیک البحث عن الجمیع واحداً تلو الآخر.

الفصل الثانی فی الإنکار

و یقع الکلام فی جهات ثلاث:

اشارة

قد تقدّم أنّ المدّعی علیه إمّا أن یقرّ أو ینکر أو یسکت فقد فرغنا من البحث فی الأوّل فیقع الکلام فی الإنکار.

ثمّ المنکر إمّا أن یحلف أو یردّ الحلف علی المدّعی أو ینکل فالکلام یقع فی جهات ثلاث:

(۱) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۷۸، من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۸ و رواه الکلینی و الصدوق و الشیخ.

(۲) الإیضاح: ۲/ ۷۹ و جامع المقاصد: ۵/ ۳۰۲.

(۳) التذکرة: ۲/ ۵۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۷۰

الجهة الأولی: إذا حلف المنکر

اشارة

و هنا مسائل:

۱- تعریف القاضی للمدّعی بأنّ له أحد الأمرین: إقامة البیّنة أو إحلاف المنکر، جوازاً أو وجوباً.

۲- فی إحلاف المنکر قبل رضا المدّعی.

۳- فی توقّف إحلاف المنکر علی إذن الحاکم و عدمه.

۴- ما یترتّب علی حلف المنکر من الآثار: عدم جواز تجدید الدعوی، حرمة التقاص من ماله أو استنقاذ عینه، و حرمة مطالبة إعادة المحاکمة، لا أثر لإقامة البیّنة، أو إقامة شاهد مع الیمین.

۵- براءة المنکر متوقّفة علی حکم الحاکم أو لا؟

۶- إذا اکذب نفسه و أقرّ بالحقّ بعد الحلف.

المسألة الأُولی: هل یجب علی القاضی تعریف المدّعی بأحد الأمرین:

إقامة البیّنة أو الإحلاف عند عدمها أو لا یجب؟ لا شکّ فی جوازه و لیس من قبیل تلقین الحجّة للخصم المحرّم، و إنّما هو إرشاد، لما أعطاه الشارع من الحق او بیان للحکم الشرعی فی المورد، و قال: البیّنة علی من ادّعی و الیمین علی من ادّعی علیه. «۱» إنّما الکلام فی وجوبه إذا لم یکن المدّعی واقفاً بالحکم أو کان واقفاً لکن یحتمل أنّه لیس له إحضارها إلّا إذا طلبها الحاکم منه. و الوجوب لا یخلو من قوّة لأنّه مأمور بالفصل و لا یتمّ إلّا بتعلیمه الحکم. قال السید الطباطبائی: إذا أجاب بالإنکار وجب علی الحاکم إذا لم یعلم المدّعی أنّ علیه البیّنة أن یعرّفه بذلک ثمّ یقول: أ لک

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۷۱

بیّنة فإن لم تکن عنده وجب علیه أن یقول له، لک حقّ الحلف إذا لم یعلم ذلک. «۱»

المسألة الثانیة: فی إحلاف المدّعی علیه قبل إذن المدّعی

إذا رضی المدّعی، بحلف المنکر فلا شکّ فی نفوذ حلفه و ترتّب الآثار علیه إنّما الکلام إذا أحلفه القاضی من دون سؤاله و استحصال رضاه فهل ینفذ أو لا؟ اختار الثانی، الشهید فی المسالک «۲» و نسب إلی الفاضل فی کشف اللثام و هو صریح السیّد علی فی الریاض «۳»، و استدل الشهید ما هذا حاصله: وجود الفرق بین تعریف المدّعی بأحد الأمرین، و إحلاف المنکر من دون استحصال رضاه فإنّ التعریف لا یضرّه بل ینفعه، بخلاف تحلیف المنکر من دون سؤاله فانّه یضرّ لأنّه یسقط الدعوی و تذهب الیمین بحقّه، و قد یتعلّق غرض المدّعی ببقائها إلی وقت آخر لعلّه یتوفق لإقامة البیّنة أو یتحری وقتاً صالحاً لئلا یتجرّی المنکر علی الحلف إلی غیر ذلک من الأُمور.

و قال السیّد العاملی هذا موضع وفاق بین الأصحاب بل عند العامة أیضاً لأنّه حقّ للمدّعی و مسقط لدعواه و قد لا یرید الإحلاف فی الحال لیتذکّر بیّنة أو یعود الخصم إلی الإقرار. «۴»

و قال السیّد الطباطبائی: لا یجوز للحاکم أن یحلِّفه من دون سؤاله المدّعی، و کذا لا یجوز تبرّع المنکر به قبل سؤاله بلا خلاف بل بالإجماع الظاهر لأنّه حقّه فیتوقّف علی مطالبته و ربّما تعلّق غرضه بأن لا یُحلِّفه توقعاً لوجود شهود أو ارتداع المنکر عن إنکاره أو طیّ الدعوی بالصلح أو نحو ذلک. «۵»

أقول: قد مرّ نظير المسألة و هو أنّه إذا طرح المدّعى الدعوى، فهل طلب

(۱) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۵۹.

(۲) زين الدين العاملى: المسالك: ۲/ ۴۰۸.

(۳) الجواهر: ۴۰/ ۱۷۰.

(۴) العاملى، مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۵۷.

(۵) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۵۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۷۲

الجواب من المدّعى عليه، مشروط بإذن المدّعى أو لا؟ و أيضاً إذا أنهى الحاكم المخاصمة و تبيّن له الحقّ، فهل الحكم مشروط بإذن المدّعى أو لا؟ و قد عرفت انّ الحقّ عدم الاشتراط و أمّا المقام فالحقّ عدم الاشتراط لضعف ما استدلّ به.

أوّلًا: أنّ المقام من باب خلط الحكم بالحقّ فليس اليمين مثل إقامة البيّنة من الحقوق بل من باب الحكم الشرعى و أنّهما من أدوات القضاء، كيف و قد فسّر الحقّ بجعل السلطنة من الشارع للشخص بحيث يوجد الجعل سلطة له و ليس المقام كذلك.

ثانياً: سلّمنا أنّه من باب الحقّ، لكنّه حقّ له على المنكر، لا على القاضى فليس معناه تقييد إطلاقات أدلّة القضاء و فصل الخصومة به بل معناه أنّ للمدّعى إعماله و إسقاطه. و أمّا أنّ له إيقاف أمر القضاء و تأخيره إلى وقت آخر، فلا يستفاد منه بل غايته أنّه لو أحلف، يقضى به، و إن أسقط، يحكم على المنكر بالبراءة و تكون الدعوى مختومة، و لكن ليس له وراء ذلك أمر ثالث و هو إيقاف المخاصمة و تأخيرها إلى وقت آخر للغايات المذكورة فى كلامهم، لأنّها أغراض شخصية لا يكون سبباً لتقييد إطلاقات الأدلّة.

و الحاصل أنّ ما ذكر فى المسالك و غيرها لا يخرج عن كونه حقّاً للمدّعى على المدّعى عليه، و أمّا أنّ حكم القاضى مقيّد بإذن المدّعى فلا يستفاد منه. فالأقوى لو لا الإجماع المدّعى، و ما سيوافيك من الروايات، عدم توقّف إحلاف القاضى بإذن المدّعى.

نعم هناك روايات ربّما يستظهر منها اشتراط الإحلاف بإذن المدّعى و هى ثلاث:

۱- موثقة «۱» ابن أبى يعفور عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «إذا رضى صاحب

(۱) لوجود ابن فضال فى السند، و المراد من على بن عقبة، فيه هو على بن عقبة بن خالد الأسدى الثقة، و هو يروى عن موسى بن اكيل النميرى الثقة.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۷۳

الحقّ بيمين المنكر لحقّه، فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله، ذهبت اليمين بحقّ المدعى فلا دعوى له». «۱»

۲- خبر خضر النخعى عن أبى عبد الله عليه السلام و فيه: ان استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً و إن تركه و لم يستحلفه فهو على حقّه. «۲» فظاهر الفعل (استحلفه) هو قيامه بالإحلاف عن اختيار.

۳- خبر عبد الله بن وضّاح و قد جاء فيها: «و لو لا أنّك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك و لكنّك رضيت بيمينه. و قد ذهبت اليمين بما فيها». ۳

وجه الاستدلال بالروايات الثلاث هو أنّه إذا كان ذهاب الحقّ باليمين مشروطاً برضى المدّعى، باليمين فيدلّ بالدلالة الالتزامية على اشتراط إحلاف القاضى أيضاً برضاه. إذ لو لم يكن إحلافه مشروطاً، برضا المدّعى، كانت شرطية رضاه بحلف المنكر أمراً لغواً، لأنّ القاضى يحلّفه، و هو يذهب بحقّ المدّعى و إن لم يكن راضياً بيمينه هذا غاية توضيح للاستدلال بالروايات الثلاث.

و مع هذا ففى دلالة الروايات على القول المشهور إشكال فإنّ كون الحلف واقعاً عن رضاه يتصوّر على وجهين:

۱- تصریحه بأنّه راض بحلف المنكر.

۲- استدعاؤه من القاضی أن يحكم بينهما بالحقّ و الشرع و يُنهى الخصومة، فمعنى ذلك أنّه راض بكلّ ما يقوم به طبق الضوابط الدينية أو العرفية من الأمر له بإقامة البيّنة و للآخر بالحلف، و الرضا بالكلّ رضاً بالجزء و هو الحلف و لا يتوقّف على رضاً آخر، فالحضور عنده كاف فيما هو المعتبر فى الرضا.

و بالجملة: نحن نقول باشتراط الإحلاف بالرضا، لكن ليس المقصود منه

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۲) ۲ و ۳ الوسائل: الجزء ۱۸ الباب ۱۰ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱- ۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۷۴

شيئاً سوى الحضور لدى القاضی و طلب المحاكمة منه.

المسألة الثالثة: فی توقّف إحلاف المنكر على إذن الحاكم

الإحلاف المؤثّر الذی تترتّب عليه آثار القضاء مشروط بإذن المدّعی و الحاكم، و قد مرّ الكلام فی الأوّل و إليك البحث فی الثانی:

۱- قال ابن إدريس «و متى بدأ الخصم باليمين، من غير أن يُحلِّفه الحاكم، لم يبرَّه ذلك من الدعوى و كان متكلّفاً». «۱»

۲- قال المحقّق: لو تبرّع هو (المدّعى) أو تبرّع الحاكم بإحلافه لم يعتدّ بتلك اليمين و أعادها الحاكم إن التمس المدّعى. «۲» و المقصود من تبرّع المدّعی إحلافه المنكر بلا إذن صادر من الحاكم.

۳- و قال العلّامة فی القواعد: و كذا الحالف لا يبتدی باليمين من غير أن يُحلِّفه الحاكم فلو تبرّع الحالف أو الحاكم باليمين وقعت لاغية و لم يعتدّ بها و يعيدها الحاكم بعد سؤاله و كذا لو حلّفه من غير حاكم. «۳»

۴- و قال فی الجواهر: نعم ذكر الشهيدان و غيرهما من غير خلاف أجده فيه أيضاً بل فی مجمع البرهان نسبته إلى الأصحاب، أنّه لا يستقلّ الغريم باليمين من دون الحاكم و إن كان حقّاً لغيره لأنّه وظيفته. «۴»

۵- و قال السيّد الطباطبائی: و كذا لا يعتدّ بإحلاف المدّعی من دون إذن الحاكم بلا خلاف لأصالة عدم ترتّب الأثر. و لأنّه المعهود المنصرف إليه الأخبار، و للأخبار المشتملة على قوله: «أضفهم إلى اسمی» كخبر محمد بن قيس أنّ نبيّاً من الأنبياء شكا إلى ربّه كيف أقضی بأُمور لم أخبر ببيانها؟ قال: فقال له: «رُدّهم إلیَّ

---

(۱) ابن ادريس، السرائر: ۲/ ۱۶۰.

(۲) نجم الدين الحلّی: الشرائع: ۴/ ۸۴.

(۳) مفتاح الكرامة، قسم المتن: ۱۰/ ۷۵.

(۴) الجواهر ۴۰/ ۱۷۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۷۵

و أضفهم إلى اسمی يحلفون به» و نحوه مرسلة أبان، و صحيحة سليمان بن خالد. و الحاصل أنّه يمكن أن يستظهر من الأخبار «۱»، أنّ ذلك من وظائف الحاكم و مع قطع النظر عن ذلك ففی الإجماع و الأصل كفاية. «۲»

يلاحظ عليه ما استدلّ به من الروايتين «۳» لا دلالة لهما على الشرطية و إنّما وردتا فی مورد إحلاف القاضی، و لا يدلّان على لغوية إحلاف ذی الحقّ من دون إذن القاضی كما هو المطلوب و أمّا كونه منصرف الروايات أو الأصل عدم ترتّب الأثر إنّما يصحّ لو لم

يكن هنـاك إطلاق فى روايات الإحلاف، فإنّ إطلاق قوله: «إذا رضـى صاحب الحقّ بيمين المنكر ... ذهبت اليمين بحقّ المـدعى» أو قوله: «من حلف لكم فصدِّقوه». ۴ يعمّ كلتا الحالتين. و لأجل ما ذكر قال فى الجواهر إنّ إقامـة الدليل عليه إن لم يكن إجماع فى غاية الصعوبة بل لعلّ ظاهر الأدلّة الآتية خصوصاً خبر اليهودى المشتمل على تحليف الوالى المعلوم كونه ليس من أهل الحكومة، خلافه.
و الأحوط لو لم يكن الأقوى سقوط حقّه إذا أحلفه فى غير حضرة الحاكم، نعم لا يترتّب عليه أثر الحكم لعدمه بالفرض لو افترضنا أنّ له أثراً فى المقام من حرمة النقض و غيرها.
و العجب أنّ السيّد اختار ما نقلناه عنه فى المسألـة الثانيـة من الفصل الرابع من كتابه و لكنّه فى نفس الفصل فى المسألـة السادسـة بعد استظهار اختصـاص الحلف المسـقط للحق بمـا إذا كـان باسـتحلاف الحـاكم فى المرافعـة قال: ما نصّه: «و إن كانت الأخبار مطلقـة و الأحوط التعميم بل يستفاد من خبر عبد الله ابن وضّاح المتقدّم عدم اعتبار كون الحلف عند الحاكم الشرعى لكونه عند

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳.

(۲) السيد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۶۰.

(۳) ۳ و ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۷۶

الوالى. «۱»

المسألة الرابعة: فى ما يترتّب على الحلف:

اشارة

إذا أحلف المنكر يترتّب عليه أُمور:

۱- سقوط الدعوى.

۲- لو ظفر بمال الغريم لم تحلّ له المقاصة.

۳- و لو أعاد المطالبة أثم و لم تسمع دعواه.

۴- و لو أقام بيّنة بما حلف عليه المنكر لم تسمع.

۵- و لو أقام شاهداً و ضمّ إليه اليمين لم تسمع.

و إليك دراسة هذه الآثار:

أمّا سقوط الدعوى فإنّه لازم نفوذ حكم القاضى و إلّا يكون لغواً.

و أمّا عـدم جواز التقاص فتـدلّ عليه مضافاً إلى ما تقـدّم من الروايات الثلاث أعنى: موثقـة ابن أبى يعفور، و خبر خضـر النخعى و ابن وضّـاح، صـحيحة سـليمان بن خالـد قال: سألت أبا عبـد اللّه عليه السـلام عن رجل وقع لى عنـده مال فكابرنى عليه و حلف، ثمّ وقع له عندى مال فآخذه لمكان مالى الذى أخذه و أجحده و أحلف عليه كما صنع قال: إن خانك فلا تخنه و لا تدخل فيما عتبه عليه. «۲»
و فى مقابل هذه النصوص رواية أبى بكر الحضرمى و قد رويت مضمرة و مسندة أما الأُولى: قال قلت: له رجل عليه دراهم فجحدنى و حلف عليها، أ يجوز لى إن وقع له قبلى دراهم أن أخذ منه بقدر حقى؟ قال: فقال: نعم و لكن لهذا كلام

---

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲۰/ ۶۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۷۷

قلت: و ما هو؟ قال: تقول: «اللّهمّ إنّى لا آخذه ظلماًءنايخ لا و و إنّما أخذته مكان مالى الذى أخذ منّى، لم أزدد عليه شيئاً». «۱»

أمّا المسندة فروى عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: قلت له: رجل كان له على رجل مال، قال: فجحده إيّاه و ذهب به ثمّ صار بعد ذلك للرجل الذى ذهب بماله مال قبله. أ يأخذه مكان ماله الذى ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال: نعم و لكن لهذا كلام يقول الخ.

و لعلّ الروايتين واحدة و إن كان الدائن فى الأوّل نفس الراوى، و فى الثانية رجل، غير أنّ الثانية خالية عن الحلف فالتقاص عندئذ لا يكون مخالفاً لما مرّ، و أمّا الأُولى فربّما تحمل على ما إذا كان الحلف تبرّعياً لا فى محضر القاضى و لكنّك عرفت عدم كونه شرطاً فى تأثير الحلف و الأولى أن يطرح لإعراض الأصحاب عنه، و العمل بالمشهور هو المتعيّن.

نعم يبقى فى المقام سؤال و هو أنّه ما هو المقصود من ذهاب الحقّ باليمين فإن أُريد منه الذهاب الظاهرى فهو إنّما يصحّ إذا كان المدّعى شاكاً فى كون العين له أو كونه مديوناً و أمّا إذا كان قاطعاً بالخلاف فلا موضوع للحكم الظاهرى.

و إن أُريد الذهاب الواقعى، فلازمه عدم التأثير إذا أقرّ بالحقّ بعد الإنكار و الحلف، لأنّ المفروض خروج العين عن ملك المدّعى.

و الجواب أنّ الحكم بالذهاب، حكم قضائى بأنّ العين للمنكر، و الحكم القضائى، لا ظاهرى حتى لا يتصوّر، جعله فى حقّ العالم بالواقع كالمدّعى، و لا واقعى حتّى لا يؤثر الإقرار بعد الإنكار فى رجوع العين إلى المالك بل هو قسم ثالث تجب متابعته تكريماً للحلف و احتراماً لمقام القضاء فهو أشبه بالأحكام الواقعية الثانوية كجواز الدخول فى الصلاة بالطهارة الترابية و جواز الاقتداء بصلاة

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۴، ۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۷۸

المخالف عند التقية، فلا يشترط فى صحّة جعله الشكّ، بل يصحّ جعله و إن كان أحد الطرفين قاطعاً بالخلاف. نعم الحكم معتبر، ما لم ينكشف الخطاء لدى القاضى فإذا أقرّ بالحقّ انكشف الخطأ فى حكمه، و يرجع كلّ شىء إلى أصله.

و هل يجوز احتساب ما فى ذمّة المنكر خمساً أو زكاة ممّا لا يوجب حقّاً للمدّعى على المنكر أو لا؟ قال السيّد الطباطبائى: إنّ القدر المتيقن من سقوط حقّ المدّعى هو عدم جواز المطالبة و عدم جواز المقاصّة، و عدم سماع الدعوى منه بعد الحلف و نحو ذلك ممّا يعدّ معارضة للمنكر كبيع العين أو هبتها من غيره و بيع الدين أو صلحه من الغير و أمّا ما لا يعدّ معارضة كإبرائه من الدين أو عتق العبد أو احتساب ما عليه خمساً أو زكاة أو مظالم إذا كان من أهلها فلا مانع منه إذ الإطلاقات منصرفة عنه. «۱»

و ما ذكره لا يخلو من قوّة لانصراف الروايات إلى أنّه لا يحقّ له المطالبة و أمّا الاحتساب المذكور فلا يعدّ مطالبة بل هو إحسان له بالنسبة و إلّا يلزم عدم صحّة إبراءه و هو كما ترى.

و منه يعلم حكم فرع آخر ذكره السيّد الطباطبائى و هو شراء العين المحلوف عليها من الحالف و التصرّف فيها بعده، فى ظاهر الشرع و إن كان الشراء باطلًا لأنّ المفروض أنّها باقية على ملكه و كذا يجوز اتهابها منه بل الظاهر جواز التصرّف فيها بإذنه و رضاه و إن كان إذنه بعنوان أنّها له، و هكذا نحو ذلك مما لا يعدّ معارضة. «۲»

أمّا حرمة مطالبة إعادة المحاكمة

اشارة

قال المحقق: و لو عاود المطالبة أثم و لم تسمع دعواه.

---

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۶۲.

(۲) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲، المسألة ۸/ ۶۳ فی الفصل الرابع.

إنّ لمطالبة إعادة المحاکمة صورتین:

إحـداهما: أن یطالبها مع عدم البیّنة سواء أعادها عند الحاکم الأوّل أو عند حاکم آخر. و ذلک لأنّ المفروض ذهاب حقّه بالیمین، فلا حقّ حتّی یطالبه.

ثانیهما: أن یطالبه مع إقامة البیّنة و هذا هو البحث التالی.

إذا أقام المدّعی بیّنة بعد حلف المنکر

المشهور أنّه إذا حلف المنکر لا تسمع بیّنة المدّعی.

۱- قـال الشـیخ فی الخلاف: إذا حلف المنکر ثمّ أقام المـدّعی البیّنـة بالحقّ لم یحکم له بها. و به قال ابن أبی لیلی، و داود و قال باقی الفقهاء إنّه یحکم بها، دلیلنا إجماع الفرقة و أخبارهم.

و أیضاً قوله: من حلف فلیُصدَّق، و من حلف له فلیرض. و من لم یفعل فلیس من الله فی شیء. «۱»

۲- و ذهب فی المبسوط إلی خلاف ما فی الخلاف و قال: إذا عرض الیمین علیه فلم یخل من أحـد أمرین إمّا أن یحلف أو ینکل فإن حلف أسقط الدعوی و لیس للمدّعی أن یستحلفه مرّة أُخری فی هذا المجلس و لا فی غیره اللّهم إلّا أن یکون له بیّنة علیه فحینئذ یأتی بالبیّنة. «۲»

۳- و ذهب المفید إلی السـماع إلّا إذا شـرط المنکر سـقوط دعواه بالیمین. قال: و إذا التمس المدّعی یمین المنکر فحلف له و افترقا و جـاء بعـد ذلـک ببیّنـة تشـهد له بحقّه الـذی حلف له علیه خصـمه، ألزمه الحاکم الخروج منه إلیه اللهمّ إلّا أن یکون المـدّعی علیه قد اشترط للمدّعی أن یمحو عنه کتابه علیه، أو یرضی بیمینه

(۱) الطوسی، الخلاف،: ج ۳، کتاب الشهادة، المسألة ۴۰.

(۲) الطوسی، المبسوط: ج ۸، کتاب القضاء/ ۱۵۸.

فی إسقاط دعواه فإن اشترط له ذلک لم تُسمع بیّنته من بعد، و إن لم یشترط له ذلک سمعت علی ما ذکرناه. «۱»

۴- و قال ابن إدریس: و إن قال المدّعی لیس معی بیّنة، و طلب من خصمه الیمین فحلفه الحاکم ثمّ أقام بعد ذلک البیّنة علی صحّة ما کان یدّعیه لم یلتفت إلی بیّنته و أبطلت. «۲»

۵- و قال المحقّق: و لو أقام بیّنة بما حلف علیه المنکر لم تسمع و قیل یعمل بها ما لم یشترط المنکر سقوط الحق بالیمین. «۳»

۶- و قال العلّامة: و إذا حلف المنکر سقطت الدعوی ... و لا تسمع دعواه و لا بیّنته ثمّ نقل قولین:

أ: یحکم بالبیّنة إلّا أن یشترط سقوط الحقّ بالیمین.

ب: و تسمع مع النسیان. «۴»

۷- و قال فی الإرشاد: و لو أقام المدّعی بیّنته بعد إحلاف الخصم، لم تسمع، و إن لم یشترط سقوط الحقّ بالیمین أو نسیها. «۵»

۸- قال فی المختلف: اختلف الشـیخان فقال المفیـد رحمه الله: إذا التمس المـدّعی یمین المنکر فحلف له و افترقا فجاء بعـد ذلک بیّنة تشـهد له بحقّه الذی حلف له علیه خصمه ألزمه الحاکم الخروج منه إلیه. اللّهمّ إلّا أن یکون المدّعی علیه قد اشترط للمدّعی أن یمحو عنه کتابه علیه أو یرضی بیمینه فی إسقاط دعواه فإن اشترط له ذلک لم تسمع بیّنته من بعد و إن لم یشترط له ذلک سمعت علی

(۱) المفید، المقنعة: ۷۳۳.

(۲) ابن إدریس، السرائر: ۲/ ۱۵۹.

(۳) نجم الدین الحلّی: الشرائع: ۴/ ۸۴.

(۴) العلامة الحلی، القواعد کما فی متن مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۷۷.

(۵) العلّامة: إرشاد الاذهان: ۲/ ۱۴۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۸۱

ما ذکرناه.

و قال الشیخ فی الخلاف: إذا حلف المدّعی علیه ثمّ أقام المدّعی البیّنة بالحق لم یحکم له بها و به قال فی النهایة و المبسوط «۱» و هو قول ابن الجنید و نقله عن الباقر و الصادق علیهما السَّلام.

و للشیخ فی المبسوط قول آخر أنّه إن کان أقام البیّنة علی حقّه، غیره و تولّی ذلک الغیر الإشهاد علیه و لم یعلم هو أو تولّی هو إقامة البیّنة و نسی فإنّه یقوی فی نفسی أنّه یقبل بیّنته فأمّا مع علمه ببیّنته فلا یقبل بحال و به قال أبو الصلاح و ابن إدریس «۲» و قال ابن البرّاج فی الکامل بما ذهب إلیه المفید و به قال ابن حمزة أیضاً و المعتمد ما قاله الشیخ فی النهایة. «۳»

۹- و قال المحقق الأردبیلی فلو أقامها بعد إحلاف المدّعی علیه لم تسمع سواء شرط سقوط الدعوی أم لا، و سواء قال: کان لی بیّنة و نسیتها و نحو ذلک و طلبت الیمین أم لا. «۴»

۱۰ و قال السیّد الطباطبائی: فإن حلف سقطت الدعوی فی ظاهر الشرع، لکن لا یبرأ من الحقّ لو کان کاذباً فیجب علیه التخلّص من حقّ المدّعی، و علی ذلک فلیس للمدّعی بعد الحلف مطالبة حقّه و لا مقاصّته و لا یجوز له الدعوی و لا تسمع دعواه بالإجماع و النصوص ففی ذیل صحیحة ابن أبی یعفور المتقدّمة بعد قوله: «فلا حقّ له: قلت: و إن کان له بیّنة عادلة قال: نعم فإن أقام بعد ما استحلفه بالله، خمسین قسامة ما کان له حقّ و کانت الیمین قد أبطلت کل ما ادّعاه قبله ممّا قد استحلفه علیه. قال رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: «من حلف لکم بالله فصدّقوه و من سألکم

(۱) قد عرفت نص المبسوط و هو علی خلاف هذا النقل و لعلّه ذکره فی موضع آخر منه.

(۲) قد عرفت نص السرائر علی خلافه و لعلّه ذکره فی موضع آخر منه.

(۳) العلّامة، المختلف: الفصل الثالث من کتاب القضاء: ۱۴۷.

(۴) الأردبیلی: مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۳۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۸۲

بالله فاعطوه و ذهبت الیمین بحقّ المدّعی و لا دعوی له». «۱»

و حصیلة الأقوال:

۱- عدم السماع مطلقاً.

۲- السماع مطلقاً

۳- السماع إلّا إذا اشترط السقوط.

۴- عدم السماع إلّا إذا نسی المدَّعی البیّنة.

۵- عدم السماع إلّا إذا تولّى الغير إقامة البيّنة أو نسى المدّعى البيّنة و هو الذى نقله العلّامة عن المبسوط.

هذه هى الأقوال فى المسألة و منه يعلم عدم وجود إجماع فى المسألة سوى الشهرة من عصر المحقّق و لا بدّ من دراسة أدلة المسألة:

استدل لعدم السماع، بما رواه ابن أبى يعفور، أعنى قوله: «نعم و إن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ... «٢».

أقول: إنّ مقتضى القاعدة هو السماع خصوصاً إذا كان عدم الإحضار مستنداً إلى عذر مقبول عند العقلاء، كعدم حضورها أو عدم تذكّرها و ذلك بوجهين:

١- أنّ نسبة اليمين إلى البيّنة نسبة الأصل إلى الأمارة، فالشارع ابتكر علاجاً خاصّاً لفصل الخصومة عند فقد الدليل الموصل إلى الواقع، و من المعلوم ارتفاع موضوع الأصل عند وجود الدليل فيكشف عن أنّ القضاء باليمين، لم يكن على الوجه الصحيح و إن كان القاضى معذوراً، فإذا تبيّن الخلاف، ينتهى أمد الحكم الأوّل. هذا هو مقتضى القاعدة. و لا يعدل عنها

---

(١) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/ ۶٠، المسألة ٣.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٩ من ابواب كيفية الحكم، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٨٣

إلّا بدليل قاطع.

٢- أنّ مقتضى إطلاق دليل حجية البيّنة، هو لزوم الأخذ بها مطلقاً، سواء حلف أم لم يحلف و بذلك يعلم ضعف ما فى المسالك: «إنّ اليمين حجّة للمدّعى عليه، كما أنّ البيّنة حجة للمدّعى و كما لا يسمع يمين المدّعى عليه بعد حجّة المدّعى كذلك لا يسمع حجّة المدّعى بعد حجّة المدّعى عليه». «١» و ذلك للفرق الواضح بين الحجّتين. كما لا يخفى فعدم سماع يمين المدّعى عليه، عند وجود البيّنة، لا يكون دليلًا على عدم سماعها عند وجود اليمين لكون النسبة بينهما نسبة الأصل إلى الأمارة.

و ليس فى مقابلهما سوى موثقة ابن أبى يعفور و العمل بذيلها مشكل حيث قال: «و إن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامة ما كان له» فإنّ القسامة فى مورد الدم مقدّمة على الحلف فكيف لا تكون مقدّمة فى المقام فإنّ المال ليس بأهم من الدم فاللازم إرجاع علمها إليهم عليهم السَّلام فالأحوط السماع و أولى منه التصالح. كما لا يخفى.

نعم ربّما يستدلّ على السماع بأنّ: «كل حالة يجب عليه الحقّ بإقراره، فيجب عليه بالبيّنة كما قبل اليمين» «٢» و أجاب عنه المحقّق الآشتيانى: «أنّ المقرّ بإقراره يخرج عن موضوع ما دلّ على عدم جواز ترتّب أثر الحقّ على المحلوف عليه كذباً، بخلاف البيّنة فإنّ الموضوع فى صورة قيامها، باق بحاله فلا يجوز سماعها و ترتيب الأثر عليها» «٣».

و لكن الإجابة ضعيفة، لما عرفت من أنّ نسبة اليمين إلى البيّنة إنّما هو نسبة الأصل إلى الأمارة فلا يكون الموضوع باقياً فى كلتا الصورتين فالتفصيل بين

---

(١) زين الدين العاملى: المسالك: ٢/ ۴٠٩.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) الآشتيانى: القضاء: ١١٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٣٨۴

الإقرار و البيّنة مشكل.

و أمّا القول بجواز السماع إلّا إذا اشترط سقوط الدعوى بالحلف، فمنظور فيه، إذ لو كان السماع جائزاً فاشتراط سقوطه يكون على خلاف السنّة إلّا إذا رجع الشرط إلى إلزامه اختيار جانب الترك من الجواز من دون أن يمسّ الاشتراطُ كرامةَ الحكم الشرعى، كما

أوضحنا حاله فى مبحث الشروط فى الخيارات. «١»

و منه يظهر حكم حال النسيان أو تولّى الغير بإقامة البيّنة إذ لا دليل على التفريق بين الذاكر و الناسى، أو بين تولّى النفس و الغير، إذ لو كان المستند فى السماع هو إطلاق دليل البيّنة، فلا وجه للتفريق بين الصورتين، كما أنّ الحال كذلك لو كان المستند فى عدم السماع هو موثقة ابن أبى يعفور.

نعم ربّما يكون الشمول فى صورة النسيان أولى عند العقلاء كما عرفت سابقاً.

ثمّ إنّ صاحب الوسائل قال بعد نقل الموثقة قال: «و تقدّم فى الوصايا فى إشهاد الذميين عليها، ما ظاهره المنافاة لكنّه مخصوص بتلك الصورة».

و قد أشار بذلك إلى ما رواه فى الباب ٢١ من كتاب الوصايا من مرفوعة على بن إبراهيم من أنّ الحكم بعد إحلاف المنكر ينقض بيمين المدّعى فى مورد خاص، و هو غير ما نحن فيه من ترتّب الأثر على البيّنة بعد إحلاف المنكر، و لا يصحّ إسراء الحكم منه إلى ما نحن فيه إلّا بدعوى الأولوية و هى ممنوعة، لوجود قرائن فى مورد الرواية تدلّ على صدق ادّعاء المدّعى حيث وجدوا الآنية و القلادة عند المنكر، كما لا يخفى، بخلاف موضع إقامة البيّنة.

و مما ذكر يظهر حال ما إذا أقام شاهداً و ضمّ إليه اليمين فإنّ حكمه حكم إقامة البيّنة. و الأولى التصالح.

---

(١) المختار فى احكام الخيار: ص ٤٧٢.

المسألة الخامسة: براءة المنكر متوقّفة على حكم الحاكم أو لا؟

هل يتوقّف سقوط الدعوى على إنشاء حكم من الحاكم بذلك بعد الحلف أو يكفى الحلف بعد طلب المدّعى و أمر الحاكم؟

يظهر من صاحب الجواهر لزوم إنشاء الحكم. قال: «قد يتوهم من ظاهر النصوص سقوط الدعوى بمجرّد حصول اليمين من المنكر من غير حاجة إلى إنشاء حكم من الحاكم بذلك، لكن التحقيق خلافه، ضرورة كون المراد من هذه النصوص و ما شابهها تعليم ما به يحكم الحاكم، و إلّا فلا بدّ من القضاء و الفصل بذلك كما أومأ إليه بقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «إنّما أقضى بينكم بالبيّنات و الايمان» «١» بل لو أخذ بظاهر هذه النصوص و شبهها لم يحتج إلى انشاء الحكومة من الحاكم مطلقاً ضرورة ظهورها فى سقوط دعوى المدعى باليمين و ثبوت الحقّ بالبيّنة و نحوها. «٢»

يلاحظ بأنّه فى مقام بيان الحكم الشرعى، سواء أ كان هناك تعلم أو لا، و الدليل على ذلك أنّه اعترف به فى آخر كلامه حيث قال: «ضرورة ظهورها فى سقوط دعوى المدّعى باليمين، و ثبوت الحقّ بالبيّنة» من دون نظر إلى تعليم الآخرين بكيفية القضاء.

و ذهب السيّد الطباطبائى إلى عدم لزوم إنشاء الحكم فى الموارد الثلاثة: الحلف، و الإقرار بالحقّ، و البيّنة و قد تدرج فى بيان مقصوده، فجعل محور الكلام اليمين، و أنّ البراءة لا تتوقّف على حكم الحاكم إذا كان اليمين بطلب المدّعى و أمر الحاكم، قائلًا بأنّ لليمين خصوصيّه و أنّها موجبة للبراءة، غاية الأمر أنّ اللازم كونها بأمر الحاكم لا بمجرّد طلب المدّعى. ثمّ عطف عليه، كون الإقرار مثل اليمين و أنّه

---

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

(٢) النجفى، الجواهر: ٤٠/ ١٧٥.

يثبت به الاشتغال إذا حاز الشرطين من دون حاجة إلى حكم الحاكم، فلو مات الحاكم بعده و قبل الحكم لم يحتجّ إلى شيء. ثمّ احتمل كون الحكم فی البيّنة أيضاً كذلك. قال: «و قد يحتمل كفاية الثبوت حتّى فی البيّنة و عدم الحاجة إلى إنشاء الحكم من الحاكم، و كون المراد من الحكم هو الثبوت عنده و يكفی إخباره به». «۱»

يلاحظ عليه: أنّه إن أراد من عدم الحاجة إلى إنشاء الحكم من الحاكم، فی مجال ترتّب الأحكام الواقعية على موضوعاتها فهو حقّ، فإذا حلف بطلب المدّعی و أمر الحاكم لو قلنا بشرطيتهما و قد عرفت منّا أنّ الأقوى عدمها يترتّب عليه سقوط الدعوى، و حرمة التقاص، لأنّهما أحكام شرعية مترتّبة على اليمين، فعلى المدّعی المؤمن بالشريعة، الالتزام بتلك الأحكام.

و إن أُريد من عدم الحاجة إلى إنشاء الحكم من الحاكم، فی مجال الأحكام القضائية أی الأثر المترتّب على حكم القاضی نفسه، فلا ريب فی توقّفه عليه لو كان، كفصل الخصومة و حرمة النقض، و منع طرح الدعوى فی محكمة أُخرى فالكلّ من آثار الحكم، فما ذكره من باب خلط أثر الحكم الواقعی بأثر الحكم القضائی.

ثمّ إنّ فی كلامه خلطاً آخر و هو ما أفاد: «و المراد من الحكم هو الثبوت عنده و يكفی فی إخباره به» و ما ذكره مسألة أُخرى لا صلة لها بما ذكرناه و هی أنّه لو قلنا بلزوم حكم الحاكم يقع الكلام فی أنّه هل يكفی فيه ثبوته عنده و إخباره بذلك أم لا بدّ من إنشاء الحكم بمثل قوله «حكمت» و القولان مبنيان على تسليم لزوم الحكم، غير أنّهما يختلفان فی كيفية إظهاره، فهل تكفی الجملة الخبرية، أو يتوقّف على الإنشاء.

و قد ظهر بما ذكر فی الموارد الثلاثة:

---

(۱) السيّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۶۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۸۷

۱ طلب المدّعی.

۲- أمر الحاكم.

۳- إنشاء الحكم.

إنّ الأثر الشرعی الواقعی لا يتوقّف على واحد منهما و أمّا الأثر القضائی فربّما يتوقّف على طلب المدّعی، و إذن الحاكم و إنشاء الحكم منه.

المسألة السادسة: إذا أكذب الحالف نفسه

إذا أكذب الحالف نفسه بالإقرار فيسقط ما كان يترتّب على الحلف إذا لم يكذبه من الآثار، فتجوز مطالبته و تحلّ مقاصته ممّا يجده له مع امتناعه من التسليم. و علّله فی المسالك بقوله: لتصادقهما حينئذ على بقاء الحق فی ذمّة الخصم فلا وجه لسقوطه. «۱»

و فی مفتاح الكرامة: «لأنّ الإقرار أبطل ما تقدّم لعموم أدلّة الأخذ بالإقرار، لكن تأمّل فيه بأنّ ظاهر الروايات المتقدّمة على خلاف ذلك. «۲»

وجه التأمّل، أنّ النسبة بين عموم الأخذ بمقتضى الإقرار، و ما سبق من الروايات من ذهاب الحق بيمينه هو العموم و الخصوص من وجه، لصدق عموم دليل الإقرار و دونها فيما إذا أقرّ، و لم يكن مسبوقاً بالحلف، و صدق الروايات فيما حلف و لم يكذب نفسه، و يصدقان فيما إذا حلف و أكذب نفسه فلا وجه لتقديم عمومه على ما دلّ على ذهاب الحقّ باليمين.

و لكن التأمّل فی غير مورده لما عرفت من أنّ ذهاب اليمين بحقّ المدّعی ليس حكماً واقعياً، بل حكم قضائی يثبت ما دام الموضوع باقياً فإذا أقرّ بالخلاف، و صار المنكر مقرّاً فلا معنى لبقائه.

(۱) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۰۹.

(۲) السيّد العاملى، مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۷۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۸۸

أضف إلى ذلك، أنّ المرتكز لدى العقلاء هو الأخذ بالإقرار، و ذمّ الحالف على حلفه كاذباً و هو كاف فى تقديم عموم الإقرار.

فلو كان ما ذكر مقنعاً فى تقديم عموم الإقرار و إلّا فيكفى ما رواه الصدوق عن مسمع بن أبى سيّار «۱» قال قلت: لأبى عبد الله إنّى كنتُ استودعت رجلًا مالًا فيجحدنيه، و حلف لى عليه ثمّ إنّه جاءنى بعد ذلك بسنتين بالمال الذى أودعته إيّاه فقال: هذا مالك فخذه و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فهى لك مع مالك، و اجعلنى فى حلّ فأخذت منه المال و أبيت أن آخذ الربح منه و رفعت المال الذى كنت استودعته و أبيت أخذه حتّى استطلع رأيك فما ترى؟ فقال: «خذ نصف الربح و أعطه النصف و حلّله فإنّ هذا رجل تائب و الله يحب التوّابين». «۲»

و الراوى بصفاء ذهنه، أدرك أنّ له أخذ ماله، و إنّما توقّف فى أخذ الربح. و مقتضى القاعدة أنّ الربح كلّه لصاحب المال، إذا أجاز ما ترتّب على ما له من العقود و عندئذ يكون دفع نصف الربح إليه حكماً استحبابياً، لأجل تشويقه إلى الصدق و الصفاء و حفظ الأمانة و أمّا كون عمل المسلم محترماً فلا صلة له بالمقام، فإنّ ذلك فيما إذا كان العمل بإذن من صاحب المال، لا ما إذا قام به فضولياً.

و لعلّ ما فى فقه الرضا، مأخوذ من هذه الرواية فقد جاء فيه: «و إذا أعطيت رجلًا مالًا فجحدك و حلف عليه ثمّ أتاك بالمال بعد مدّة، و ربّما ربح فيه و ندم على ما كان منه، فخذ رأس مالك و نصف الربح و ردّ عليه نصف الربح. هذا رجل تائب». «۳»

(۱) سند الصدوق إلى مسمع لم يصحح، و لكن مسمعاً ثقة، وثقه الكشى، ص ۲۶۲ و المجلسى فى الوجيزة: ۱۶۷ و يظهر المدح فى حقّه عن رجال النجاشى. و الرواية معتبرة.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۶، كتاب الايمان، الباب ۴۸، الحديث ۳.

(۳) النورى، المستدرك، و هذا و أمثاله دليل على أنّ الكتاب (فقه الرضا)، مأخوذ من الأحاديث المروية عن الأئمّة لكن بتصرف و تلخيص و تقييد و تخصيص.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۳۸۹

و الظاهر عدم الفرق فى إكذاب نفسه بين حضور الحاكم و عدمه بل يكفى سماع المدّعى كما لا فرق بين كون التكذيب بعنوان التوبة و عدمها. كلّ ذلك لإطلاق دليل الإقرار و كونه المرتكز لدى العقلاء.

و الحقّ أن يقال: إنّ الآثار المترتّبة على الشىء بوجوده الواقعى يترتّب على التكذيب مطلقاً، كالمطالبة فى غير المحكمة و التقاص. و أمّا الآثار المترتّبة على حكم القاضى فهو باق، لأنّه بعد غير منتقض عنده و إنّما ينتقض إذا كان الإقرار فى محضر القاضى، حتى ينتهى حكمه بانتفاء الموضوع لدى القاضى.

الجهة الثانية: إذا ردّ اليمين على المدّعى

اشارة

قد عرفت أنّ للمنكر حالات ثلاث، لأنّه إمّا يحلف، أو يردّ اليمين على المدّعى أو ينكل و قد عرفت حكم حلفه و لنبحث عن حكم الثانى ثمّ الثالث، و الكلام يقع فى الأُمور التالية:

۱- إنّ للمنكر ردّ اليمين على المدّعى.

۲- و لو ردّ و حلف ثبت حقّه.

۳- و إذا نكل المدّعى، ينتفى حقّه.

۴- إنّ الردّ مختصّ بالحقوق الماليةَ.

۵- هل يمين المدّعى بمنزلة البيّنة أو كإقرار المنكر؟

۶- إنّ للمنكر أن يستمهل مدّة معيّنة.

قد تضافرت النصوص على الأحكام الثلاثة الأُولى، و ادّعى الإجماع لو لا أنّ الإجماع مستند إلى النصوص. و فيها الصحيح و المعتبر و الضعيف فبعضها يدلّ على الحكم الأوّل، و الأكثر يدلّ على الأحكام الثلاثة. أمّا الأوّل فتدلّ عليه روايات:

۱- صحيحة هشام عن أبى عبد الله عليه السلام قال: تُردُّ اليمينُ (بصيغة المجهول)

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۹۰

على المدّعى. «۱» و هل الحديث ظاهر فيما كان الرادّ نفسه أو يعمّ ما إذا كان الرادّ هو الحاكم و لعلّه ظاهر فى الثانى.

و أمّا الثانى فتدلّ عليه:

۲- صحيحة محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السَّلام فى الرجل يدّعى و لا بيّنة له قال: «يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحقّ فلم يحلف فلا حقّ له». «۲» فتدلّ على الأوّل و الثالث بالمنطوق و على الثانى بالمفهوم.

۳- خبر عبيد بن زرارة عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يُدّعى عليه الحقّ، و لا بيّنة للمدّعى قال: «يُسْتَحْلَفُ أو يُردّ اليمين على صاحب الحقّ فإن لم يفعل فلا حقّ له». ۳

و فى السند «القاسم بن سليمان و هو فى كتب الرجال مهمل لم يوثق» و يدلّ على الحكم الأوّل و الثالث و يستفاد الثانى بالمفهوم، و الظاهر أنّ بناء الفعلين على المجهول، أى يُستحلف الرجل الذى ادّعى عليه، أو تردّ اليمين على المدّعى، و التفكيك بين الفعلين بكون الأوّل مبنيّاً على الفاعل و إن كان صحيحاً، لكن الثانى عندئذ يتعيّن للبناء على المفعول. نعم التفكيك على خلاف الظاهر.

۴- مرسلة يونس عمّن رواه قال: استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين. فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان. فإن لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدّعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدّعى عليه.

فإن لم يحلف و ردّ اليمين على المدّعى فهى واجبة عليه أن يحلف و يأخذ حقّه فإن أبى أن يحلف فلا شىء له». ۴

و الرواية تدلّ على الأحكام الثلاثة بالمنطوق. و الوجوب فيها، وجوب وضعى

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳.

(۲) ۲، ۳، ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱، ۲، ۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۹۱

لا- تكليفى كما أنّ اللزوم فى عبارة المحقق: «و إن ردّ اليمين على المدّعى لزمه الحلف» وضعىّ بمعنى أنّه لو أراد استيفاء حقّه فعليه اليمين.

۵- مرسلة أبان عن رجل عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يُدّعى عليه الحقّ و ليس لصاحب الحقّ بيّنة، قال: «يستحلف المدّعى عليه، فإن أبى أن يحلف، و قال أنا أردّ اليمين عليك لصاحب الحقّ، فإنّ ذلك واجب على صاحب الحقّ أن يحلف و يأخذ ماله». «۱»

و هى تدل على الحكم الثانى و الثالث.

۶- صحيح جميل عن أبى عبد الله عليه السلام قال: إذا أقام المدّعى البيّنة فليس عليه يمين و إن لم يقم البيّنة فردّ عليه الذى أدّعى

علیه، الیمین، فأبی فلا حقّ له. ۲

و الظاهر انّ «ادّعی علیه» مبنی للمجهول، و ضمیر «أبی» یرجع إلی المدعی.

۷- روی عبـد الرحمن بن أبی عبـد الله قال قلت: للشیخ خبّرنی عن الرجل یـدّعی قبل الرجل الحقّ، فلم تکن له بیّنة بما له، قال: فیمین المدّعی علیه فإن حلف فلا حقّ له و إن ردّ الیمین علی المدّعی فلم یحلف فلا حقّ له ۳

و فی السـند، یاسین الضریر البصری و الظاهر أنّه إمامیّ و قد أهمل فی الأُصول الرجالیة، و نقل المامقانی أنّ صاحب الحاوی ضعّفه و بهذا اللفظ روایة أبی العباس البقباق. ۴

ثمّ إنّ هناک مواضع لا یمکن للمـدّعی الحلف أو لا یصـحّ منه، إمّا لعـدم الجزم بالـدعوی کما فی موارد الظنـة و التهمـة، أو لا یکون المورد، مجری للیمین کما إذا حاول إثبات المال للغیر بحلفه. کما فی الموارد التالیة:

۱- إذا کان المدّعی غیر جازم فی دعواه.

---

(۱) ۱ و ۲ نفس المصدر، الحدیث ۵ و ۶.

(۲) ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

(۳) ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۹۲

۲ دعوی الولی للیتیم مالًا علی آخر.

۳- دعوی الوصـی علی الوارث أنّ المیت أوصـی بخمس أو زکـاة أو حـجّ و نحو ذلک ممّا لیس له مسـتحقّ بالخصوص و سـیوافیک الکلام فی هذه الصور فانتظر.

منصرف الروایات الحقّ المالی

ثمّ إنّ منصـرف الروایـات هو الحقّ المـالی، ففی مثله، یجب علی المنکر، الحلف أو الرّد، لا ـ فی غیره فلو تنـازع رجـل و امرأة و ادّعی الأوّل زوجیتها فأنکرت الثانیة، فلیس لها، ردّ الیمین علی الزوج علی وجه لو حلف یثبت عندئذ کونها زوجته.

هل یمین المدّعی بمنزلة البیّنة أو کإقرار المنکر؟

هل الیمین المردودة، بمنزلة بیّنة المدّعی أو بمنزلة إقرار المنکر، أو هو أمر مستقل، لا یحکم علیها، بحکم أحدهما إذا کان لکلّ حکم خاصّ؟

وجه الأوّل أنّ الذی یُطلب من المدّعی هو البیّنة، فالیمین المردودة إلیه تقوم مقامها فی الإثبات.

وجه الثانی: أنّ امتناع المنکر من الحلف، و ردّه إلی المدّعی مشعر باعترافه بالحقّ فکان کإقراره.

و یتفرّع علی القولین بعض الفروع:

۱- إذا حلف المـدّعی بعـد ردّ الحلف إلیه ثمّ أقـام المنکر بیّنـة علی أداء المال أو علی الإبراء فعلی القول بأنّ یمین المـدّعی کبیّنته، لا مـانع من قبول بیّنـة المنکر و أمّـا إذا قلنا بأنّه کإقرار المنکر، فهناک مانع من قبولها لأنّه بإقراره المتقـدّم کـذّب بیّنته المتأخّرة، و لا بیّنة بعد الإقرار کما مرّ.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۹۳

۲ إذا کانت یمین المـدّعی کبیّنته، یتوقّف ثبوت الحق بها علی حکم الحاکم، بخلاف کونها بمنزلة إقرار المنکر فثبوته لا یتوقّف علیه.

بناءً علی التفریق بین البیّنة و الإقرار فی ثبوت الحقّ فهو فی الأولی یتوقّف علی حکم الحاکم بخلاف الثانی.
وجه الثالث: إنّ الأثر الشرعی فی الفرع الأوّل یترتّب علی عنوان الإقرار، و لیست الیمین إقراراً، و کونها بمنزلته ثبوتاً لا یکون دلیلًا، علی إسراء حکم المنزَّل علیه (الإقرار) علی المنزّل (الیمین) إلّا إذا کان هناک دلیل علی التنزیل فی مقام الإثبات. و مثله الفرع الثانی، فإنّ الأثر (الحاجة إلی حکم الحاکم) مترتب علی عنوان البیّنة، و لیست الیمین بیّنة و کونها منزلة منزلتها، لا یکون دلیلًا علی إسراء حکمها إلیها إلّا إذا کان دلیل علی التنزیل فی مقام الإثبات.
و علی ذلک فیلزم علی الفقیه الرجوع إلی القواعد فی الفرعین و ما ضاهاهما. ففی الأوّل تُسْمع البیّنة، لعموم حجّیة البیّنة، خرج عنه مورد واحد، و هو إذا حلف المنکر. و قد تقدّم قول الفقهاء: «لو أقام المدّعی بیّنة بما حلف علیه المنکر لم تسمع».
و فی الثانی، یجیء ما قلناه من أنّ کل أثر شرعی مرتّب علی الواقع المنکشف، یترتّب علیه، دون الأثر المترتّب علی حکم القاضی، فلا فرق بین قیام البیّنة و الإقرار بین الأمرین کما تقدّم.
و بهذا تظهر قوّة ما أفاده صاحب الجواهر و تبعه السید الطباطبائی من کونها أمراً مستقلًا قال السیّد الطباطبائی: و الأقوی أنّها أمر مستقل ففی الفروع التی فرّعوها علی القولین لا بدّ من الرجوع إلی سائر الأُصول و القواعد. «۱»

ما هو الوجه للتردید بین الأمرین

ثمّ إنّ الداعی للتردید بین الأمرین، و عدم جعله شیئاً مستقلًا برأسه، هو

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۱۷۹، ملحقات العروة الوثقی: ۲/ ۶۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۹۴
الحصر المستفاد من قوله صلّی الله علیه و آله و سلّم: إنّما أقضی بینکم بالأیمان و البیّنات «۱» فلو جعلنا الیمین المردودة کبیّنة المدّعی لتمّ الحصر و إن جعلناه کإقرار المنکر فهو و إن کان خارجاً عن الحصر، لکنّه غیر مضرّ لأنّ الحدیث فی مقام حصر ما به تحسم الخصومة فی أمرین و الإقرار لیس حاسماً للخصومة بل هو رافع لموضوعها فلا یضرّ خروجها عن تحت الحصر.
و نظیر هذا الاختلاف فی تحلیل الأُمّة للوطء فهل هو داخل فی التزویج، أو ملک یمین، لحصر الحلّیة فی أمرین؟ قال سبحانه: (إِلّا عَلی أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَکَتْ أَیْمانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَیْرُ مَلُومِینَ*) (المؤمنون/ ۶).
یلاحظ علیه: أنّ عدم دخولها تحت الحصر مبنی علی تخصیص الأیمان فی الروایة، بالمنکر و إلّا فلو قلنا بکونها مطلقة یعمّ مطلق الیمین من کلا الجانبین فالیمین المردودة داخلة فی الحصر. و إن أبیت إلّا عن کون المراد من الأیمان، هو یمین المنکر، لا مطلقاً، فنقول إنّ الروایة محمولة علی الغالب بشهادة أنّه یصحّ القضاء بیمین المدّعی فی موارد لا یعلم إلّا من قبل المدّعی أو کان المدّعی أجیراً، أو أمیناً کالمستودع إذا ادّعیا التلف.
علی أنّ ماهیة الیمین المردودة إنّما هی یمین المنکر لا غیر، لکنّه رضی أن یحلف بها المدّعی و أمضاها الشارع فهی مصداق ثانویّ للخبر بعد تضافر الروایات علی صحّتها.
ثمّ إنّ هنا وجهاً آخر و هو إلحاقها بالبیّنة من جهة و بالیمین من جهة أُخری فبما أنّه یثبت بها الحقّ تکون أشبه بالبیّنة، و من جهة التزام المنکر علی أنّه لو حلف، لخضع علی دعواه، یکون أشبه بالإقرار و علی ضوء هذا یترتّب علیها أثرهما.
یلاحظ علیه: مضافاً إلی أنّه قول ثالث، فإنّ القائل إمّا یلحقها بالبیّنة فقط، أو بالإقرار، لا بکلیهما أنّ اجتماع الحیثیتین، لا یکون کاشفاً عن إمضاء

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۹۵

الشارع لها بكلا الوجهين.

فإن قلت: إنّ مرسلة يونس، جعل استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، و جعل الوجه الرابع اليمين، و من أقسامها، اليمين المردودة على المدّعى. و هذا يقتضى إلحاقها بالبيّنة، لا بإقرار المنكر، لأنّ استخراج الحقوق، مختصّ بمقام الإنكار و الإخفاء، و الإقرار خضوع و تصديق فلا يستخدم فی مورد استخراج الحقوق.

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكر، لا يخرج عن حدّ الإشعار، لا يمكن الاحتجاج به.

إذا استمهل المدّعى لإحضار البيّنة

قد عرفت تضافر الروايات على سقوط حقّ المدّعى إذا نكل عن الحلف ففی صحيح محمّد بن مسلم: «فلم يحلف فلا حقّ له». «۱» و صحيح جميل: «فأبى فلا حقّ له» إلى غير ذلک. ۲

أضف إلى ذلک أنّه لو لا- القول بسقوط حقّه لرفع خصمه كل يوم إلى القاضی. و الخصم يردّ عليه اليمين و هو لا- يحلف فيعظم الخطب و لا يتفرّغ القاضی من خصومته إلى شغل. و على هذا لا يصحّ له طرح الدعوى فی مجلس آخر، أو فی محكمة أُخرى، و يكفی فی ذلک إطلاق الروايات.

نعم استثنى الشهيد فی المسالک ما إذا ذكر سبباً عقلائياً لامتناعه عن الحلف، و استمهل لإحضار البيّنة أو سؤال الفقهاء، أو مراجعة الحساب فلا يسقط حقّه. ۳

و ما ذكر هو المتفاهم عرفاً لأنّ منصرفها، هو الممتنع المطلق عن الحلف لا

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱ و ۶.

(۲) ۳ زين الدين العاملی، المسالک: ۲/ ۴۰۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۳۹۶

من يحاول تبديلها بحجّة أُخرى، أو يستمهل، حتّى يكون على بصيرة من أمره فما أصرّ عليه صاحب الجواهر من إطلاقات الروايات ليس بتام و لأجل ذلک اختار السيّد الطباطبائی جواز الإمهال و قال: «الظاهر أنّ له ذلک لأنّه لا يصدق حينئذ أنّه لم يحلف لأنّ الظاهر منه ما إذا بنى على عدم الحلف مع عدم الإتيان بالبيّنة، كما أنّه لو كان عدم حلفه استمهالًا ليرى ما الأصلح لا يكون مسقطاً لحقّه. «۱»

و على كلّ تقدير، يلزم أن يكون التأخير محدّداً بمدّة لأنّ التأخير بلا تحديد ضرر أو حرج على المنكر و هو يطلب إنهاء الخصومة بصورة قاطعة.

نعم ربّما يقال، إنّه يجوز الاستمهال بلا تحديد لأنّ اليمين حقّه و له تأخيره إلى أن يشاء كالبيّنة حتى يتمكّن من إقامتها و هذا بخلاف المدّعى عليه فإنّه لا يمهل إذا استمهل لأنّ الحقّ فيه لغيره بخلاف تأخير المدّعى فانّه يؤخر حقّه فيقبل إذا كان له عذر مسموع. «۲»

يلاحظ عليه: أنّ المتبادر كون الاستحلاف حكماً شرعياً لغاية إنهاء الخصومة، لا حقّاً للمدّعى. كما أنّ الحكم الشرعی هو الإتيان بالبيّنة، و الإسلام بنى صَرْح القضاء على هذين الأمرين و قال: إنّما أقضی بينكم بالبيّنات و الايمان، فأراد رفع الخصومة و إنهائها بهذين الأمرين لا أنّ ادعاء المدّعی، يورث حقّاً له على المدّعى عليه و هو الحلف على المدّعى، حتى يكون حلفه إذا ردّ عليه حقّاً له على المنكر و يكون له حقّ التأخير.

***

(۱) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۶۵. و لاحظ المغنی لابن قدامة: کتاب الأقضیة: ۱۱/ ۱۲۴، الطبعة الجدیدة بالأُفست لدار الکتاب العربی.

(۲) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۰۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۹۷

الجهة الثالثة إذا نکل المنکر

اشارة

قد سبق أنّ المنکر مقابل المقرّ و الساکت إذا عُرِضَ علیه الحلف، إمّا أن یَحلف، أو یردّ الحلف علی المدّعی، أو یَنکُل، بمعنی أنّه لا یحلف و لا یردّ و المقصود فی المقام هو الثالث. و النکول فی اللغة هو الامتناع. و هو فی کلام الفقهاء، موضوع لحکمین:

۱- إذا لم یحلف و لم یردّ قال له الحاکم أن حلفتَ أو رددت و إلّا جعلتک ناکلًا ثلاث مرّات.

۲- یقضی علیه بمجرد النکول أو بعد ردّ القاضی الیمین علی المدّعی فإن حلف ثبت حقّه أو إن امتنع سقط حقّه.

و علی کلّ تقدیر فالنکول عبارة عن الامتناع عن أمرین أن لا یحلف، و لا یردّه علی المدّعی و إلیک کلمات الأصحاب فی المقام:

۱- قال الشیخ فی النهایة: فإن أقرّ الخصم بدعواه، ألزمه الخروجَ إلیه من الحقّ و إن حلَف، فرّق بینهما، و إن نکلَ عن الیمین، ألزمه الخروجَ إلی خصمه ممّا ادّعاه علیه. «۱»

و مقصوده من النکول عن الیمین، هو الامتناع عن الحلف و الردّ، لا الأوّل وحده.

۲- قال فی المبسوط: «و إن لم یحلف و نکل عن الیمین قال له الحاکم إن حلفت و إلّا جعلتک ناکلًا و رددت الیمین علی خصمک فیحلف و یستحقّ علیک، یقول هذا ثلاثاً فإن حلف فقد مضی و إن لم یحلف ردّت الیمین علی

(۱) الطوسی: النهایة، کتاب القضایا و الأحکام/ ۳۴۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۳۹۸

المدّعی فیحلف و یثبت له الحقّ. «۱»

۳- قال فی الخلاف: إذا نکل المدّعی علیه، رُدّت الیمین علی المدّعی فی سائر الحقوق و به قال الشعبی و النخعی و الشافعی، و قال مالک: إنّما تردّ الیمین فیما یُحکم به بشاهد و امرأتین دون غیره من النکاح و الطلاق و نحو ذلک. ثمّ استدل علی عموم الحکم بما روی عن النبی صلّی الله علیه و آله و سلّم (عند ما قتل عبد الله بن رواحة بخیبر) أنّه قال للمسلمین: «تحلفون خمسین یمیناً و تستحقّون دم صاحبکم» فقالوا من لم نشاهده کیف نحلف علیه؟ فقال: یحلف لکم الیهود خمسین یمیناً فقالوا إنّهم کفّار» فنقل النبیّ الیمین من جانب المدّعی إلی جانب المدّعی علیهم و هذا حکم بردِّ الیمین عند النکول و کانت الدعوی فی قتل العمد، و الدماء لا یحکم فیها بشاهد و امرأتین. «۲»

و قد اکتفی الشیخ فی النهایة بمجرّد النکول، بخلاف المبسوط فرأی لزوم ردّها إلی المدّعی.

۴- قال القاضی: فإن لم یحلف (المنکر) قال له الحاکم: إن حلفت، و إلّا جعلتک ناکلًا و ردّدت الیمین علی خصمک فیحلف فیستحقّ علیک یقول هذا ثلاثاً. «۳»

۵- قال ابن إدریس: فإذا عرض الیمین علیه، لم یخل من أحد أمرین: إمّا أن یحلف أو ینکل فإن حلف أسقط الدعوی و لیس للمدّعی

أن یستحلفه مرّة أَخرى فی هـذا المجلس أو فی غیره، فإن لم یحلف و نکل عن الیمین قال له الحاکم إن حلفت و إلّا جعلتک ناکلًا و ردّدت الیمین على خصمک فیحلف و یستحقّ علیک

---

(۱) الطوسی: المبسوط، کتاب آداب القضاء: ۸/ ۱۵۹.

(۲) الطوسـی. الخلاف: ۳، کتاب الشـهادات، المسألة ۳۹. و لا- یخفی أنّ الکلام فی نکول المـدّعی علیه و نقل یمینه إلی المـدّعی، لا نکول المدّعی و إن استحقّ الیمین کما فی مورد القسامة.

(۳) ابن البرّاج، المهذب: ۲/ ۵۸۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۳۹۹

إلی أن قال: و لا یجوز أن یحکم علیه بالحقّ بمجرّد النکول بل لا بـدّ من یمین المـدّعی لیقوم النکول و الیمین مقام البیّنـة و قد یشـتبه هذا الموضوع على کثیر من أصحابنا فیُظنّ أنّ بمجرّد النکول یثبت الحقّ و هذا خطأ محض. «۱»

۶- و قـال المحقق: و إن نکـل المنکر بمعنى أنّه لم یحلف و لم یردّ قـال الحـاکم: إن حلفتَ و إلّـا جعلتـک ناکلًـا و یکرّر ذلـک ثلاثاً اسـتظهاراً لا- فرضاً فإن أصـرّ قیل: یقضـی علیه بالنکول و قیل: یردّ الیمین على المـدّعی فإن حلف ثبت حقّه و إن امتنع سـقط، و الأوّل أظهر. «۲»

۷- و قال ابن سعید: فإن قال لا بیّنة لی، و طلب الیمین، أحلفه له فإن نکل حکم علیه بالدعوى. «۳»

۸- و قال العلّامة فی القواعد: و لو نکل المنکر بمعنى أنّه لم یحلف و لم یرد قال له الحاکم: إن حلفت و إلّا جعلتک ناکلًا ثلاث مرّات اسـتظهاراً لا- فرضـاً فإن أصـرّ فالأقرب أنّ الحاکم یردّ الیمین على المـدّعی فإن حلف ثبت حقّه و إن امتنع سـقط و قیل یُقضـی بنکوله مطلقاً. «۴»

۹- و قـال أیضـاً فی إرشاد الأذهان: و لو امتنع المنکر من الیمین و الردّ قال له الحاکم: إن حلفت و إلّا جعلتُک ناکلًا ثلاثاً فإن حلف و إلّا أحلف المدّعی على رأی، و قضى علیه بالنکول على رأی. «۵»

۱۰ و قال الشهید الثانی: و إن أصرّ على النکول ففی حکمه قولان:

أحـدهما: و هو مـا اختاره المصـنّف (المحقق) و قبله الصـدوقان و الشـیخان و الأتباع منهم القاضـی فی الکامل أنّه یقضـی علیه بمجرّد نکوله. و ثانیهما: أنّه یردّ

---

(۱) ابن إدریس، السرائر: ۲/ ۱۶۵.

(۲) الشرائع: ۴/ ۸۵.

(۳) ابن سعید الحلی، الجامع للشرائع: ۵۲۴.

(۴) مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۸۰، قسم المتن.

(۵) العلّامة، الإرشاد: ۲/ ۱۴۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۰۰

الیمین على المـدّعی ذهب إلیه الشـیخ فی المبسوط و الخلاف و القاضـی فی المهـذّب و ابن الجنیـد و ابن إدریس و العلّامـة فی أکثر کتبه و سائر المتأخرین إلی أن قال: فلا ریب أنّ ردّ الیمین على المدّعی أولى. «۱»

۱- ۱ و تبعه الأردبیلی و قال: و یمکن الجمع بین الأدلّة بکون القضاء بالنکول جائزاً و الأولى الردّ. «۲» و سیوافیک کلامه.

۲- ۱ و ذهب سیّدنا الأُستاذ إلی ثبوته بالنکول مع ضمّ حکم الحاکم. «۳»

قال ابن قدامة: و إن قال ما أَريد أن أحلف أو سكت فلم يذكر شيئاً نظرنا فى المدّعى فإن كان مالًا أو المقصود منه المال، قضى عليه بنكوله و لم تردّ اليمين على المدّعى نصَّ عليه أحمد فقال: أنا لا أرى ردّ اليمين إن حلف المدّعى عليه و إلّا دفع إليه حقّه و بهذا قال أبو حنيفة.

تبريزى، جعفر سبحانى، نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج ۱، ص: ۴۰۰

و اختار أبو الخطاب انّ له ردّ اليمين على المدّعى، إن ردّها حلف المدّعى و حكم له بما ادّعاه. قال و قد صوّبه أحمد فقال: ما هو ببعيد يحلف و يستحقّ، و قال: هو قول أهل المدينة روى ذلك عن على رضى الله عنه و به قال شريح و الشعبى و النخعى و ابن سيرين و مالك فى المال خاصة و قاله الشافعى فى جميع الدعاوى لما روى عن نافع عن ابن عمر أنّ النبى صلَّى الله عليه و آله و سلَّم ردّ اليمين على طالب الحقّ رواه الدار قطنى و لأنّه إذا نكل ظهر صدق المدّعى، و قوى جانبه فتشرع اليمين فى حقّه كالمدّعى عليه قبل نكوله و كالمدّعى إذا شهد له شاهد واحد.

و لأنّ النكول قد يكون لجهله بالحال، و تورّعه عن الحلف على ما لا يتحقّقه أو للخوف من عاقبة اليمين أو ترفُّعاً عنها مع علمه بصدقه فى إنكاره و لا يُتعيّن بنكوله صدق المدّعى، فلا يجوز الحكم له من غير دليل فإذا حلف كانت يمينه

---

(۱) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۰۹-۴۱۰.

(۲) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۴۸.

(۳) الإمام الخمينى، التحرير: ۲، كتاب القضاء، المسألة ۱۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۰۱

دليلًا عند عدم ما هو أقوى منها كما فى موضع الوفاق و قال ابن أبى ليلى: لا أدعه حتّى يقرّ أو يحلف. «۱»

و قبل الخوض فى دراسة أدلّة القولين نذكر أُموراً:

۱- إنّ الظاهر أنّ قول الحاكم للمنكر: إن حلفتَ أو رددت و إلّا جعلتك ناكلًا ليس بواجب و لا مستحبّ و إنّما هو لأجل الوقوف على حاله، و أنّه هل ناكل أو لا، إذ ربّما يكون الامتناع موقتاً لأجل التفكير فى م آل الأمر و لأجل ذلك لو علم أنّه ممتنع من الأمرين على وجه الإطلاق، لا وجه لتذكّر الحاكم. و مع ذلك فالأقوى إعلامه على ما يترتّب على نكوله شرعاً و ذلك لعدم وجود إطلاق فى دليل القضاء حتّى يعمّ كلتا الصورتين فيجب الأخذ بالقدر المتيقّن و هو أنّه لو كان جاهلًا بما يترتّب على نكوله شرعاً يلزم على القاضى إعلامه به و لأجل ذلك نأخذ بالمتيقّن فى أكثر الموارد الآتية و ستأتى الإشارة إليه فى آخر البحث.

۲- يجب على القاضى، تفهيم ما على المنكر، من الحلف أو الردّ، فلو علم بالأوّل دون الثانى فتوقّف عن الحلف، لا يكون داخلًا فى المقام.

و بذلك يعلم أنّ تفصيل المحقق الأردبيلى غير تام لأنّه فصّل بين ما إذا علم المدّعى عليه أنّ له الردّ و لكنّه تركه تحرزاً عن إحلاف شخص حيث يُخيّل أنّه قد يضرّه فى الدنيا و الآخرة فيقضى بالنكول، و بين ما إذا لم يعلم ذلك فيقضى بالردّ إلى المدّعى و بذلك حاول التوفيق بين أدلّة القولين. «۲»

و ذلك لأنّ القضاء بالنكول مع جهله بأنّ له الردّ، حكم ضررى، خارج عن محلّ البحث و موضع البحث إثباتاً و نفياً ما إذا وقف المنكر على أنّه مخيّر بين الحلف و الردّ، و مع ذلك نكل.

(۱) ابن قدامة، کتاب الأقضیة: ۱۲/ ۱۲۴. و السکوت فی صدر کلامه، هو السکوت عن الحلف بعد الإنکار، و لا صلة له بما یأتی من القسم الثالث للمدّعی علیه.

(۲) الأردبیلی، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۴۸.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴۰۲

۳ إنّ البحث فیما إذا أمکن إحلاف المدّعی و لم یکن من المستثنیات مثل دعوی الظن و التهمة، أو فیما لا یصحّ الیمین هناک کالأولیاء و الأوصیاء و الوکلاء بناء علی عدم صحّة أیمانهم و إلّا فلا محیص عن القضاء بالنکول. و سیوافیک أنّ الأقوی جواز تحلیفهم فی خاتمة البحث.

۴- إنّ ظاهر صحیحة هشام بن الحکم، أنّ محور القضاء هو البیّنات و الایمان «۱»، کما أنّ الظاهر من صحیح جمیل و هشام أنّ البیّنة علی من ادّعی و الیمین علی من ادّعی علیه «۲» و علی ذلک یجب أن یدور القضاء حول ذینک الأمرین ما لم یدلّ دلیل علی خلافهما، و علی ذلک تکون الروایات الدالّة علی صحّة القضاء بیمین المدّعی إذا ردّت إلیه حاکمة علی صحیحهما و مفسرة لهما. و أنّ المراد من یمین المدّعی علیه الأعم من یمین نفسه أو المردودة إلی المدّعی من جانبه و علی کلّ تقدیر فالیمین یمین المدّعی علیه إمّا یقوم بها بنفسه أو یردّها إلیه نعم لولاهما لاقتصرنا بالأوّل.

۵- دلّت مرسلة یونس علی أنّ استخراج الحقوق بأربعة، ثلاثة منها یرجع إلی أقسام الشاهد المذکورة فی الحدیث و واحد منها یرجع إلی الیمین لکن بهذا الترتیب:

الف: یمین المدّعی علیه.

ب: یمین المدّعی عند الردّ إلیه.

ج: نکول المدّعی عن الیمین عند الردّ.

ففی المورد الثالث یقضی بنکول المدّعی عن الیمین علی براءة المنکر. مع أنّه لیس هناک بیّنة و لا یمین فکیف یصحّ القضاء بالنکول، مع قوله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: إنّما أقضی

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱ و الباب ۲۵، الحدیث ۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴۰۳

بینکم بالبیّنات و الایمان؟

و الإجابة سهلة، لأنّه إذا کان الادّعاء فارغاً عن البیّنة و الحلف، فلا یقضی الحاکم بشیء بل یأمر بترکهما مجلس القضاء لا أنّه یحکم بالبراءة، إذ الأصل قبل القضاء أیضاً هو البراءة فلا حاجة معه إلی القضاء و لو سلّم أنّه یقضی بالبراءة، و أنّ الحکم الکلّی لا یکفی ما لم یصغ فی قالب الحکم القضائی فهو أشبه بعدم القضاء بشیء و بذلک یعلم أنّ القضاء علی الاشتغال بمجرّد نکول المدّعی علیه، بلا ضمّ یمین المدّعی إلیه یحتاج إلی دلیل قاطع و حاسم لیخصّص به، عموم ما دلّ علی أنّ محور القضاء هو البیّنات و الایمان، و لا یقاس بنکول المدّعی من الیمین. فإنّ الثانی أشبه بعدم القضاء بشیء، و الأوّل قضاء علی الاشتغال.

۶- إنّ المسألة خالیة عن النصّ الصریح کما اعترف به الأردبیلی و إنّما یحاول أصحاب کلّ من القولین تطبیق بعض الروایات علی المقام و أمّا مقتضی الأصل مع قطع النظر عن الأدلّة الاجتهادیة فهو عدم صحّة القضاء بالنکول فإنّ القضاء أمر شرعی یتوقّف حصوله علی تحقّق سببه الشرعی و کونه سبباً مشکوک فیه. و الأصل من حیث التکلیف و إن کان براءة ذمّة المنکر عن الحقّ لکن التمسّک به

تمسّک بالأصل المسببی مع وجود الأصل السببی لأنّ الشک فی البراءة و الاشتغال ناش من سببیة النکول و عدمها، فإذا رفعت سببیّته بالأصل، فلا یبقی مجال للأجل المسببی و إن کانا متوافقی المضمون.

هذا نظیر ما إذا لم یکن لدلیل السببیة إطلاق، و شککنا فی تأثیر السبب علی وجه الإطلاق أو مع قید آخر، فالأصل عدم التأثیر و النفوذ إلّا مع القید المشکوک.

نعم لو کان لدلیل السببیة إطلاق أو عموم، فهما مقدّمان علی أصالة عدم التأثیر.

و أمّا التمسّک ببراءة ذمّة المدّعی علیه ما لم یحلف المدّعی، فلا یثبت کون النکول مع یمین المدّعی موضوعاً تامّاً للقضاء إلّا علی القول بالأصل المثبت نعم

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۰۴

ذکر السیّد الطباطبائی أُصولًا مختلفة غیر مجدیة فلاحظ. «۱»

إذا عرفت ما ذکرنا فلنذکر أدلّة القولین:

دلیل [القول الأول] القضاء بالنکول

اشارة

هذا هو الذی جعله بعضهم أظهر القولین. و هو خیرة الشیخ فی النهایة، و المحقّق فی الشرائع، و ابن سعید فی الجامع، و مال إلیه الشهید فی المسالک علی ما عرفت و إن جعل الأُولی ردّ الیمین علی المدّعی و استدل له بوجوه:

۱- قوله صلّی الله علیه و آله و سلّم: البیّنة علی من ادّعی و الیمین علی من ادّعی علیه.

«۲» وجه الاستدلال أنّه جعل الیمین فی جانب المدّعی علیه کما جعل البیّنة فی جانب المدّعی و التفصیل قاطع للاشتراک. و لا ینقض ذلک بردّ الیمین علی المدّعی من دون نکول حیث حکم علیه بالیمین، و ذلک لما عرفت أنّه جاء من قبل الردّ لا بأصل الشرع المتلقّی من الحدیث. أو یقال إنّه یمین المدّعی علیه، حیث رضی أن یحلف خصمه و یدفع جریمة الردّ. و إن أبیت نقول: إنّ مخالفة ذلک الأصل المحکم یتوقّف علی دلیل قاطع، و هو موجود فیما إذا لم ینکل و ردّ الیمین دون ما إذا نکل و لم یردّ فلا قیمة لیمین المدّعی عندئذ إذا لم یردّها بل قام الحاکم بردّه.

یلاحظ علیه: بأنّ الروایة بصدد بیان الوظیفة الأصلیة و أنّ طبع القضیة یقتضی أن یتمسّک المدّعی بالبیّنة و المنکر بالیمین و هذا لا ینافی العدول عنه فی بعض الأحایین، و سیوافیک بعض الموارد التی یحلف فیها المدّعی «۳» مع أنّ وظیفته

---

(۱) السیّد الطباطبائی فی ملحقات العروة: ۲/ ۶۶.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱ و فی الباب ۲۵ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۳. البیّنة علی من ادّعی و الیمینُ علی مَنْ أنکر.

(۳) کدعوی الدین علی المیّت إذا أثبته بشهود حیث یحلّف الحاکم المدّعی علی أنّه لم یستوفه هو بنفسه أو بوکیله من المیّت و لا أبرأه و لا أحاله و لا رضی علیه. و له نظائر.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۰۵

البیّنة.

على أنّ الاستدلال بها، إنّما يتمّ لو لم يَقُم فى المقام دليل على لزوم الحلف كما قام بالاتّفاق فى صورة ردّ المنكر إلى المدّعى من دون نكول، على أنّ الصورتين غير مختلفتين جوهراً و الردّ تارة يقوم به المنكر، و أُخرى ينوب عنه الحاكم فيردّه على المدّعى و لعلّ العرف يستأنس بما ورد فيه النص، لما لم يردّ فيه.

٢– صحيح محمد بن مسلم

اشارة

قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن الأخرس كيف يحلف إذا ادّعى عليه دين و أنكر و لم يكن للمدّعى بيّنة؟ فقال: «إنّ أمير المؤمنين عليه السلام أُتِى بأخرسَ فادّعى عليه دين، و لم يكن للمدّعى بيّنة إلى أن قال: كتب أمير المؤمنين: و الله الذى لا إله إلّا هو عالم الغيب و الشهادة ... ثمّ غسله و أمر الأخرس أن يشربه فامتنع فألزمه الدين». «١»

و المتبادر منه أنّه لم يردّ اليمين على خصمه و إلّا لنقل و لزم تأخير البيان عن وقت الخطاب بل عن وقت الحاجة و أيضاً فقوله: «فامتنع فألزمه» يدلّ على تعقيب الإلزام للامتناع بغير مهلة لمكان الفاء و هو ينافى تخلّل اليمين بينهما و فعله عليه السلام كقوله حجّة. و توهم أنّه مخصوص بالأخرس كما ترى مع أنّه أحقّ للترحّم بأن لا يقضى عليه بمجرّد النكول بل يردّ على خصمه.

يلاحظ عليه بوجوه:

أ: أنّ الرواية كما يدلّ عليه قوله: «كيف يحلف الأخرس إذا ادّعى عليه دين، و أنكر و لم يكن للمدّعى بيّنة» بصدد بيان كيفية تحليف الأخرس، لا بصدد بيان كيفية ثبوت الحقّ على المنكر، فلا يعدّ عدم ذكر الردّ على المدّعى، تأخيراً للبيان و إلى ما ذكرنا أشار الأردبيلى و قال: «و يكون الغرض بيان تحليفه، كما هو المتبادر من أوّل الخبر ...». «٢»

---

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

(٢) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ١٢/ ١٤٤.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج١، ص: ۴٠۶

ب: أنّ القضاء بالنكول مشروط بالامتناع عن الحلف و الردّ، و المذكور هو الأوّل دون الثانى، فتأخّر البيان عن وقت الحاجة لازم على كلّ تقدير. و هذا الإشكال وارد على مجموع ما استدلّ له على القول الأوّل، حيث اكتفى فيه بالامتناع عن الحلف، دون الحلف و الردّ مع أنّ النكول متحقق بالامتناع عن الأمرين.

ج: إنّ الرواية بصدد بيان عدم سقوط الحقّ بامتناعه عن الحلف و أمّا أنّه لا يشترط فى القضاء شيء آخر وراء النكول و هو ردّ الحاكم اليمين إلى المدّعى، فلا تدلّ عليه.

٣– خبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه:

اشارة

قلت للشيخ عليه السلام خبّرنى عن الرجل يدّعى قبل الرجل الحق، فلم تكن له بيّنة بما له؟ قال: «فيمين المدّعى عليه.

فإن حلف فلا حقّ له.

و إن لم يحلف فعليه». «١»

إنّ الشقّ الثانی من کلامه یدلّ علی ثبوت الحقّ، بمجرّد امتناعه من الحلف و هو معنی القضاء بالنکول.

یلاحظ علیه بوجهین:

۱- إنّ الموضوع للقضاء بالنکول، لیس الامتناع عن الحلف، بل الامتناع منه و من الردّ و المذکور فی الروایة هو الأوّل دون الثانی. فکما أنّ عدم ذکر الامتناع عن الردّ لا- یضرّ بکونه فی مقام البیان فکذلک عدم ذکر ردّ الحاکم علی المدّعی فلعلّه ردّه علیه و لم یذکر لعدم العنایة به.

۲- إنّ المقصود منها، عدم سقوط الحقّ بامتناعه و أمّا أنّه لا یشترط فی القضاء شیء آخر و هو إحلاف المدّعی، من جانب القاضی فلا یدّل علی عدم اعتباره بل هو ساکت عنه.

---

(۱) الکلینی، الفروع: ۷/ ۴۱۶۴۱۵ و وافقه الشیخ فی التهذیب فی کیفیة النقل: ۶/ ۲۲۹.

علی أنّ الروایة ضعیفة سنداً لأجل قاسم بن سلیمان لما عرفت من أنّه مهمل فی الرجال ثمّ الروایة مضطربة متناً فنقلها الکلینی حسب ما نقلناه، و نقلها الصدوق. بصورة أُخری فابدل قوله: «و إن لم یحلف فعلیه» بقوله: و إن ردّ الیمین علی المدعی فلم یحلف فلا حقّ» «۱» و فی الوسائل «۲»، جمع بین المتنین. و علی ما نقله الصدوق فلا صلة للروایة بالمقام.

و هناک احتمال آخر و هو أنّ الضمیر المجرور فی قوله: «و إن لم یحلف فعلیه» یعود إلی المدّعی، و معنی الجملة: إن لم یحلف المدّعی علیه، «فالیمین علی المدّعی» و یکون مفاد النقلین أمراً واحداً و تکون الروایة متعرضة لصورتین:

۱- حلف المدّعی علیه.

۲- عدم حلفه و حلف المدّعی. علی وجه الإجمال من دون یکون ذکر لمستند حلف المدّعی و هل هو ردّ المدّعی علیه، أو الحاکم؟ و علی هذا التفسیر، یختلف مرجع الضمیر المجرور و المبتدأ المقدّر، فعلی التفسیر الأوّل یرجع الضمیر إلی المدّعی علیه و المبتدأ المقدّر عبارة عن الحقّ و المعنی و ان یحلف المدّعی علیه، فالحقّ علی ذمّته و یکون شاهداً للقول.

و علی الثانی، یرجع الضمیر إلی المدّعی (الرجل) و المبتدأ المقدّر هو الحلف: أی إن لم یحلف المدّعی علیه، فالحلف علی المدّعی و یکون ناظراً للقول الثانی.

هذا ما ذکره بعض حضار بحثنا و نبّه به أیضاً السیّد الطباطبائی. «۳»

و الغریب انّ المحقّق الآشتیانی نقل عن بعضهم أنّ الروایة أخذت من کتاب «أحمد بن محمّد بن عیسی» الذی أخرج جماعة من الرواة عن قم، منهم

---

(۱) الصدوق، الفقیه: ۳/ ۳۸.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

(۳) ملحقات العروة الوثقی: ۲/ ۶۷.

البرقی لأجل روایتهم عن الضعفاء و بذلک حاول أن یثبت إتقان الروایة، لأنّ من یعترض علی من یروی عن الضعفاء لا ینقل عنهم.

یلاحظ علیه: مع أنّ اعتراضه لم یکن علی أصل النقل عن الضعفاء بل لکثرة روایتهم عنهم و إلّا فالثقة قد یروی عن الضعیف، إنّ الواقع فی السند، هو محمّد بن عیسی بن عبید الیقطینی، لا أحمد بن محمّد بن عیسی.

هـذا كلّه حول الصـدر و أمّا ذيلها فيمكن أن يتمسّك به القائل بكفايـة النكول و ذلك لأنّه قال: «و إن كان المطلوب بالحقّ قـد مات فاقيمت عليه البيّنة. فعلى المدّعى اليمين إلى أن قال: لأنّ المدّعى عليه ليس بحىّ و لو كان حيّاً لألزم اليمين أو الحقّ أو يردّ اليمين عليه و من ثمّ لم يثبت الحق».

وجه الاسـتدلال للقول بكفايـة النكول أنّه قال: «يردّ اليمين» بصـيغة المعلوم و لم يـذكر ردّ اليمين من الحاكم إذا امتنع عن الجميع، بل ذكر ردّ المدّعى عليه فقط.

يلاحظ عليه أوّلًا: أنّه من المحتمل أنّه بصيغة المجهول فلا يتعيّن الرادّ فيعم المدّعى عليه و القاضى.

و ثانيـاً: نفـترض أنّه بصـيغة المعلـوم، و لكن القاضـى ولىّ الممتنع، فردّه ردّ تسبيـبىّ للمـدّعى عليه، فيصـدق اعتبـاراً أنّه ردّ اليمين إلى المدّعى. على أنّ عدم الذكر لا يكون دليلًا على التشريع.

فقد تبيّن ممّا ذكرنا أنّه ليس للقول بكفاية النكول عن ردّ اليمين على المدّعى دليل واضح فالمرجع هو الأصل و هو عدم سببيته إلّا إذا ضمّت إليه يمين المدّعى، ليكون النكول عن الأمرين مع يمين المدّعى قائماً مكان البيّنة كما صرّح به ابن إدريس فى كلامه المتقدّم.

استدل للقول الثانى [أى رد الحاكم اليمين على المدعى] بوجوه غير نقيّة.

اشارة

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج١، ص: ۴٠٩

١ ما رواه أهل السنّة من أنّ النبى ردّ اليمين على طالب الحقّ. «١»

يلاحـظ عليه: أنّ السـند غير نقى، و الروايـة ليست صـريحة فى المـورد و لعـلّ ردّه صـلّى الله عليه و آله و سـلّم كـان فى صورة رضـى المدّعى عليه، بيمين المدّعى فيصدق أنّه ردّ اليمين على المدّعى.

٢- مـا فى روايـة عبيـد بن زرارة عن أبى عبـد اللّه عليه السـلام: فى الرجل يُـدّعى عليه الحقّ و لا بيّنـة للمـدّعى قال: «يُسْـتَحْلَف أو يُردُّ اليمين على صاحب الحقّ فإن لم يفعل فلا حقّ له». «٢»

و الاسـتدلال مبنى على كـون الفعلين مبنيين للمجهول: و المعنى أنّه يُسْـتَحْلَفُ المـدّعى عليه و إن امتنع يُردُّ اليمين على صـاحب الحقّ فيكون نصّاً فى المورد.

نعم لو كـان الفعـل الأـوّل مبتيِاً للمجهول دون الثـانى تكون العبـارة نـاظرة إلى الصورة السابقـة و هو ردّ المنكر اليمين إلى المـدّعى و المعنى يُسْتَحلَفُ المدّعى عليه، أو يردّ هو اليمين على المدّعى و احتمال كون الرادّ، هو الأعم من المدّعى عليه أو القاضى لأنّ له ولاية على الممتنع و إن كان له وجه كما مرّ فى توضيح ذيل رواية عبد الرحمن البصرى، لكنّه مجرد احتمال لا ظهور.

٣- صحيح هشام عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: تردّ اليمين على المدّعى. «٣» وجه الاستدلال التمسك بإطلاقه الشامل للمقام. «۴»

يلاحظ عليه: أنّ الرواية جواب عن سؤال غير مذكور و لعلّه كان فى مورد رضى المدّعى عليه أن يحلف المدّعى ففى هذا المورد ورد يُردّ اليمين على المدّعى.

---

(١) رواه المتقى الهندى فى كنز العمال: ۵/ ١۴۵۴۵، الدار قطنى، السنن: ۴/ ٢١٣.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

(۴) النجفى، الجواهر: ۴٠/ ١٨٣ لكن نكول المدّعى سبب لسقوط حقّه، و نكول المنكر سبب لإثباته يجمعها أنّه من أدوات القضاء.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج١، ص: ۴١٠

۴ و قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «المطلوب أولى باليمين من الطالب». «۱» وجه الاستدلال أنّ صيغة التفضيل تدلّ على وجود المبدأ فى كلا الطرفين غاية الأمر وجوده فى المطلوب آكد من وجوده فى الطالب.

يلاحظ عليه: مع أنّ السند غير نقىّ و مع احتمال كون «أولى» فى المقام مثل ما ورد فى آية الميراث: (وَ أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلى بِبَعْضٍ فِي كِتابِ اللَّهِ). (الأنفال/ ۷۵) فيكون المقصود تعيّن اليمين على المطلوب و عدم جوازه للطالب، أنه لا ـ إطلاق فى الحديث، فلعلّه ناظر إلى ما إذا رضى المطلوب، بيمين الطالب لاما إذا امتنع من الحلف و الردّ.

۵- خبر ضمرة بن أبى ضمرة عن أبيه عن جدّه قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «أحكام المسلمين على ثلاثة: شهادة عادلة، أو يمين قاطعة، أو سنّة ماضية من أئمّة الهدى». «۲»

وجه الاستدلال أنّ القضاء بالنكول ليس بواحد منها.

يلاحظ عليه بوجهين:

الأوّل: أنّه و ما شابهه ناظرا إلى الطوارئ الأوّلية، و لا يعمّ الطوارئ الثانوية، مثل ما إذا أنكر، و امتنع من الحلف و الردّ، فلو قلنا بالقضاء بالنكول لا يكون مخالفاً له.

الثانى: الجواب بالنقض، لاتّفاقهم على صحّة القضاء بنكول المدّعى إذا ردّت إليه اليمين.

و لكن الملاحظة الثانية، غير تامّة، لما عرفت من الفرق بين النكولين. أى فرق بين القضاء بنكول المدّعى، و القضاء بنكول المدّعى عليه، فانّ الأوّل أشبه

---

(۱) الدار قطنى، السنن: ۴/ ۲۱۹.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۱۱

بعدم القضاء عند نكول المدّعى، و اعترافه بعدم البيّنة، فإنّ القاضى يرخّصهما عن مجلس القضاء و يشتغل بسائر المرافعات بخلاف القضاء بنكول المنكر، فإنّه قضاء بالمعنى الحقيقى و حكم باشتغال ذمّته بالحقّ، فلا يصحّ قياس أحدهما بالآخر.

و عندئذ ينحصر الجواب بما قلناه من أنّه ناظر إلى الحالات الابتدائية دون الثانوية.

و أمّا التمسّك بآية الوصية الواردة فى سورة المائدة/ ۱۰۸، فلا صلة له بالمقام.

إلى هنا تبيّن أنّه ليس لأحد القولين دليل اجتهادىّ قاطع، و المرجع، هو الأصل الذى عرفته.

بقى هنا شىء و هو ما أفاده صاحب الجواهر عند ذكر أدلّة كفاية النكول: حيث قوّاه بوجهين:

۱- إنّ ظاهر الإحلاف أنّه حقّ المنكر فلا يستوفى إلّا بإذنه كما أنّه لا يحلف المنكر إلّا بإذن المدّعى.

۲- انّه كنكول المدّعى عن اليمين التى هى ليست إلّا يمين المنكر فنكوله عنها إن لم يكن أولى فى تسبّب القضاء فهو مساو له».

يلاحظ على الأوّل: ما عرفت من أنّ الاحتجاج بالبيّنة و اليمين من الأحكام الشرعية و من أدوات القضاء، و ليس من مقولة الحقّ الاصطلاحى، و إذا كان حكماً شرعياً مفيداً لحال بعض المكلفين يقوم به الحاكم، إذا امتنع عنه المكلّف، لأنّه ولى الممتنع و العجب أنّه أشار بما ذكرناه فى ثنايا البحث. «۱»

و أمّا الثانى فهو أشبه بالقياس، لأنّ القضاء بنكول المدّعى لا ـ يكون دليلًا على القضاء بنكول المدّعى عليه و إن اشتركا فى ترك الإقدام على الحلف و قد عرفت

---

(۱) النجفى، الجواهر: ۴۰/ ۱۸۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۴۱۲

الفرق بين النكولين فى الأمر الخامس من المقدّمات عند البحث فى مرسلة يونس فلاحظ.

ثمّ إنّه استدل للقول الآخر أى ردّ الحاكم اليمين على المدّعى بوجه آخر: أنّ الإحلاف هنا ليس إلّا لمصلحة المنكر بانقطاع الدعوى عنه. و ربّما جاز بدون إذنه مضافاً إلى معلومية ولاية الحاكم على كلّ ممتنع فيقوم مقامه حينئذ فى الردّ الذى يمكن نكول المدّعى معه فيسقط حقّه.

يلاحظ عليه: أنّ الردّ كما يمكن أن يتمّ لصالح المنكر بأن ينكل عن الحلف، يمكن أن يتم لصالح المدّعى، حيث يحلف و يأخذ حقّه و معه كيف يمكن وصفه بأنّه لصالح المنكر فقط.

بقيت هنا كلمة: و هو أنّه لو قلنا بجواز القضاء بالنكول فالمتيقّن منه، ما إذا عرض حكم النكول عليه، و لو قضى بنكوله من غير عرض فادّعى الخصم الجهل بحكم النكول و دلّت القرائن على صدق قوله فالحكم بالنكول مشكل جدّاً لما عرفت من عدم وجود إطلاق فى دليل القضاء حتّى يُنفى وجوبُ العرض بأصالة البراءة و المرجع هو الأصل أعنى: عدم النفوذ إلّا إذا كان نفوذه متيقّناً.

و يعرب عمّا ذكر أنّ الدّليل المهم لجواز القضاء بالنكول هو رواية عبد الرحمن البصرى ببيان: أنّ قوله: «و لو كان حيّاً لألزم باليمين، أو الحقّ أو يردّ اليمين (بناء على كون الفعل (يردّ) مبنياً للفاعل) يدلّ على أنّه إذا انتفى الأمرين أى لم يحلف و لم يردّ لألزم بالحقّ»، و لكن الرواية ليست فى مقام بيان شرائط القضاء بالنكول و الإلزام بالحقّ، فلعلّ نفوذ القضاء مشروط بعلم المنكر، بالموضوع و حكمه.

و المقصود من وجوب العرض هو الوجوب الشرطى لا النفسى، كما لا يخفى.

***

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۴۱۳

إذا بذل المنكر اليمينَ بعد النكول

إنّ للمسألة صوراً يختلف حكم بعضها حسب اختلاف المبنى فى المسألة السابقة، و إليك الصور:

١- إذا بذل بعد النكول و الامتناع عن الحلف و الردّ.

٢- إذا بذل بعد النكول و حكم القاضى بالحقّ بعده.

٣- إذا بذل بعد النكول، و ردّ القاضى اليمين إلى المدّعى و قبل حلفه.

۴- تلك الصورة و لكن بعد حلفه.

و البحث عن الصورتين الأولتين على القول بكفاية النكول فى الحكم، بخلاف الأخيرتين فإنّما يطرحهما من يقول بعدم كفاية النكول و لزوم ردّ اليمين.

لا- شكّ فى لزوم الالتفات فى الصورة الأُولى (قبل صدور الحكم) و إن قلنا بأنّ النكول موضوع تام له و لأجل ذلك أدخل صاحب الجواهر لفظ الحكم فى عبارة الشرائع حتّى تتمحض فى الصورة الثانية.

و أمّا الثانية، فالحكم بعدم الالتفات مبنى، على ما هو المختار فى المسألة السابقة، من جواز الحكم بالنكول فلا يلتفت لحرمة نقض حكم القاضى.

و أمّا الصورة الثالثة أى إذا بذل قبل حلف المدّعى اليمينَ المردودة فالظاهر لزوم الالتفات من غير فرق بين كون الردّ منه أو من الحاكم خصوصاً إذا كان مع رضا المدّعى، لأنّ قول الحاكم له «احلف» ليس قضاء بل تمهيد له، فإذا لم يحلف و رضى فلا وجه لعدم الالتفات.

بل و لو لم يرض و حلف، مع كون المنكر مستعدّاً للحلف و ذلك لما عرفت من خلوّ دليل مطلق يدلّ على القضاء فى هذه الصورة إلّا

الأصل الحاكم بالأخذ بالقدر المتيقّن، و لازمه هنا، هو الالتفات بيمين المنكر، لأنّ المقطوع بالقضاء بيمين

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۱۴

المدّعى إذا بقى المنكر على نكوله حتّى يتمّ حلف المدّعى لا مطلقاً و إن رجع قبل يمين المدّعى.

و أمّا الصورة الرابعة فعدم الالتفات هو المتعيّن، لكونه هو القدر المتيقّن.

مسائل

اشارة

الأُولى: إذا كانت للمدّعى بيّنة فهل يجوز للحاكم أن يقول احضرها أو لا يجوز؟

الثانية: إذا كانت البيّنة حاضرة فهل يجوز سؤالها قبل التماس المدّعى، أو لا يجوز؟

الثالثة: فإذا سألها و تبيّن الواقع فهل يجوز الحكم قبل التماس المدّعى، أو لا يجوز إلّا بعد التماسه؟

أمّا الأُولى: [إذا كانت للمدّعى بيّنة فهل يجوز للحاكم أن يقول احضرها أو لا يجوز؟]

فقد نقل عن جماعة الجواز مطلقاً، و عن جماعة أُخرى عدمه كذلك و عن بعضهم التفصيل بين علم الحاكم بمعرفة المدّعى بكون المقام مقام بيّنة فلا يجوز، و جهله بذلك فيجوز. و استحسن المحقّق الجواز.

أمّا الثانية: [الثانية: إذا كانت البيّنة حاضرة فهل يجوز سؤالها قبل التماس المدّعى، أو لا يجوز؟]

فقد اختار المحقّق عدم الجواز و قال: «و مع حضورها لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المدّعى» و علّله صاحب الجواهر بقوله: «لأنّه حقّه فلا يتصرّف فيه من غير إذنه» «۱» و قال العلّامة فى القواعد: «إذا أراد السؤال فليقل من كانت عنده شهادة فليذكر إن شاء و لا يقول لهما اشهدا. ۲ و علّله فى

الجواهر بأنّه أمر لهما بالشهادة و قد لا تكون عندهما شهادة. ۳

أمّا الثالثة: [فإذا سألها و تبيّن الواقع فهل يجوز الحكم قبل التماس المدّعى، أو لا يجوز إلّا بعد التماسه؟]

فقال المحقّق: «لا يحكم إلّا بمسألة المدّعى أيضاً» و علّله فى

---

(۱) ۱ و ۲ الجواهر: ۴۰/ ۱۹۲.

(۲) ۳ مفتاح الكرامة، قسم المتن: ۱۰/ ۸۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۱۵

الجواهر بأنّ ذلك حقّ له، و ربّما كان له غرض فى عدم الحكم و لو فرض جهل المدّعى بتوقف حكم الحاكم على طلبه بيّنه له، و

نقل عن بعضهم: أنّ له الحكم و إن لم يسأله المدّعى لأنّ ذلك منصبه و وظيفته و مفروض المسألة عدم رفع يد المدّعى عن دعواه.

أظنّ أنّ حكم المسائل الثلاث من الوضوح بمكان، و ذلك ببيان أمرين:

الأوّل: إنّ الاحتجاج بالبيّنة، أو دفع الدعوى باليمين من أدوات القضاء فى الإسلام. و من الأحكام الشرعية فقد أوجب سبحانه على القاضى أن يحكم بكذا و كذا، و ليس من الحقوق و إن كانت البيّنة لصالح المدّعى، و اليمين لصالح المنكر، و ليس كلّ ما تمّ لصالح الإنسان معدوداً من الحقوق، فقد أحلّ الله البيع و الطيّبات، مع أنّ الحليّة فيهما ليست من الحقوق.

الثانى: إنّ القضاء أمر عرفى و قد كان رائجاً قبل الإسلام بين الناس، و إيقاف القضاء بهذه الأُمور ربّما يعرقل أمر القضاء و يأخذ من وقت القاضى شيئاً كثيراً. نعم ليس للقاضى دعوة الناس إلى الترافع و إنهاء الخصومة ما لم يرفع المترافعان الأمر إليه، فإذا رفعا، يصير القاضى مخاطباً بالقضاء و إنهاء الخصومة، و كلّما يعدّ مقدّمة لرفع المخاصمة يكون جائزاً له فيسأل عن بيّنته، و على فرض وجودها يأمر بالإحضار، و إذا حضر يسألها عن حقيقة الحال و إذا تمّت المقدّمات، يحكم، و يُنهى القضاء و يُرخص المترافعين و إن أرادا أو أراد أحدهما تحرير المحضر، يكتب لهما محضراً. و جواز كلّ ذلك يعلم من الخطاب المتوجّه إلى القاضى بفصل الخصومة.

و ما ذكر فى مقالة القائل بالتوقّف من أنّه ربّما يكون للمدّعى غرض فى عدم الحكم غير تامّ لأنّ القاضى أُمر بإنهاء الخصومة، لا بتأمين غرض المدّعى، على أنّه ربّما يتعلّق غرض المنكر بالحكم، و فصلها و إن كان غرض الآخر إبقاءها بحالتها فلا وجه لتقديم أحد الغرضين على الآخر.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۱۶

الرابعة: فى إحلاف المنكر مع إمكان إقامة البيّنة

إنّ القضاء باليمين (مع وجود البيّنة للمدّعى سواء أ كانت حاضرة فى مجلس القضاء أم لا و لكن أمكن إحضارها بسهولة)، يحتاج إلى إطلاق فى دليل القضاء باليمين و إلّا فشأن المدّعى، إقامة البيّنة، لا التحليف، و القدر المتيقّن منه ما إذا لم تكن له بيّنة.

إنّ ما ذكرناه هو مقتضى القاعدة و مع ذلك ذهب المحقّق النراقى فى المستند إلى خلاف ما ذكرناه فقال:

لا يتعيّن على المدّعى إذا كانت له بيّنة، إحضارُها، و لا حاضرة، إقامتُها، بل يجوز له الإحلاف حينئذ أيضاً بمعنى أنّ المدّعى الذى له بيّنة، مخيّر بين إقامة البيّنة و التحليف، و للحاكم تخييره و صرّح به فى التحرير، و نفى بعض مشايخنا عنه الخلاف فى صورة عدم حضور البيّنة ثمّ قال: بل ذكر جماعة من دون خلاف بينهم ثبوت الخيار للمدّعى بين إحلافه و إقامة البيّنة و لو كانت حاضرة لأنّ الحقّ له، فله أن يفعل ما يشاء منها. و نسب بعض فضلائنا المعاصرين تخييره مطلقاً إلى المستفادة من الأدلّة قال: فلا يتوهّم أنّه مع إمكان البيّنة لا يجوز التحليف. «۱»

أقول: إنّ المستدل جعل المدّعى نفس الدليل. فمن أين ثبت أنّ للمدّعى حقّ التحليف مع إمكان إقامة البيّنة. و قد سبق منّا مراراً بأنّ قولهم: «البيّنة للمدّعى و اليمين على من ادّعى عليه» فى مقام بيان وظيفة القاضى، لا بصدد بيان حقّ المدّعى فقد ورد فى غير واحد من الروايات أنّ نبيّاً اشتكى إلى ربّه فقال: يا ربّ! كيف أقضى بما لم تر عينى و لم تسمع أُذنى؟! فقال: اقض عليهم بالبيّنات و أضفهم إلى اسمى يحلفون به. «۲»

---

(۱) النراقى، مستند الشيعة: ۲/ ۵۲۹.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۱۷

نعم استدلّ النراقى بإطلاق روايات أخرى، و تبعه السيّد الطباطبائى فى ملحقات العروة و إليك تبيين دلالتها:

۱- صحيحة ابن أبى يعفور: «إذا رضى صاحب الحقّ بيمين المنكر لحقّه، فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله، ذهبت اليمين بحقّ المدّعى فلا دعوى له، قلت له: و إن كانت له بيّنة عادلة؟ قال: نعم و إن أقام بعد ما استحلفه بالله، خمسين قسامة ما كان له، و كانت اليمين قد أبطلت كلّ ما ادّعاه قبله ممّا استحلفه عليه». «۱» و الاستدلال مبنى على وجود إطلاق فى قوله: «و إن كانت له بيّنة» شامل لما كانت له بيّنة قبل الحلف و بعده.

يلاحظ عليه: بأنّ الذيل دليل على أنّ المراد ما إذا تمكّن منها بعدها لا ما إذا كانت موجودة من أوّل الأمر، بشهادة قوله: «و إن أقام بعد ما استحلفه بالله ... فإنّ الإقامة كناية عن التمكّن منها بعد ما لم يكن متمكّناً منها» ضرورة أنّه لو كانت له بيّنة حين القضاء، لما عدل عنها إلّا فى الفرض النادر الذى تنصرف عنه الرواية.

۲- إطلاق رواية محمّد بن قيس فى حديث اشتكى نبى إلى ربّه إلى أن قال له: «ردّهم إلىّ و اضفهم إلى اسمى يحلفون به». «۲»

يلاحظ عليه: أنّ الحديث ليس فى مقام البيان حتّى يؤخذ بإطلاقه و إنّما هو بصدد بيان كيفية القضاء و الإجابة على سؤال النبى بأنّه كيف يقضى فيما لم تره عينه و لا سمعه أُذنه.

و مع ذلك فإنّ هنا روايات تردّ القول بالتخيير و إن حاول النراقى تأويلها و إليك الإشارة العابرة إليها:

۱- صحيحة سليمان بن خالد فى اشتكاء بعض الأنبياء و ما أُجيب به فقد

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳.

جاء فيها: «أضفهم إلى اسمى فحلِّفْهم به و قال هذا لمن لم تقم له بيّنة». «۱» وجه الاستدلال، أنّ الظاهر أنّ مرجع اسم الإشارة فى هذا هو مشروعيّة القضاء باليمين لا تعيّنه، فما احتمله النراقى من كونها بصدد بيان أنّ تعيّنه لمن لم تقم له البيّنة غير تام.

و قد عرفت أنّ عدم قيام البيّنة كناية عن عدم وجودها، لا وجودها و عدم إحضارها فما احتمله النراقى فى هذا المورد من أنّ الشرط أعم من عدم الوجود أو عدم الإقامة غير تامّ. لأنّ غاية ما يمكن أن يقال أنّ قوله: «لم تقم له البيّنة» يراد منه الأعم من عدم الوجود أو عدم الوصول إليه، لا ما إذا كانت متيسّرة حاضرة فى المحكمة أو خارجها لكن يمكن إحضارها.

۲- مرسلة يونس فجاء فيها: «فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدَّعى عليه». «۲» فالظاهر تبيين مشروعيّة القضاء بها بمعنى أنّه لا تصل النوبة إليها إلّا بعد عدم الشاهد. و بذلك يعلم ضعف ما يقال بأنّ جزاء الشرط هو كون اليمين متعيّناً أو لازماً على المدّعى عليه.

۳- ما فى تفسير الإمام: «و إن لم يكن له بيّنة حلف المدّعى عليه» «۳» و بذلك يعلم أنّ المراد من قوله فى صحيحة سليمان بن خالد ۴: «لم تقم له بيّنة» هو عدم وجودها، كما فى هذه الرواية.

و بذلك تقف على مدى صحّة قول السيّد الطباطبائى حيث يقول بعد ما نقل لبّ ما ذكره النراقى: و بالجملة لا ينبغى التأمّل فى تخيير المدّعى بين إقامة البيّنة و إحلاف المنكر خصوصاً إذا كان فى إقامتها صعوبة عليه أو لم يعلم أنّ الحاكم يقبل بيّنته أم لا، نعم يشكل العدول عن البيّنة المعتبرة بعد إقامتها إلى

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۴.

(۳) ۳ و ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۶ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

الحلف مع عدم البعد فیه أیضاً. «۱»

الخامسة: سؤال القاضی المدّعی علیه عن الجارح

إذا أقام المدّعی البیّنة و زکّاها عدلان فهل یجب علی القاضی سؤال المدّعی علیه عن الجارح أو لا؟

قال الشیخ: قال الحاکم للمدّعی علیه قد عُدِّلا عندی هل عندک جرح؟ فإن قال: نعم أنظَره لجرح الشهود ثلاثة. «۲»

قال المحقّق: «بعد أن یعرف القاضی عدالة البیّنة یقول: هل عندک جرح».

و الظاهر من العلمین کونه من وظائف القاضی و لأجل ذلک، استدرک صاحب الجواهر علی المحقق و قال: «و فی وجوب ذلک إشکال»، و هناک من فصّل بین علم القاضی بعدالة البیّنة و ثبوت عدالتها بالتزکیة فلا یجب فی الأوّل بخلاف الثانی و هو خیرة السیّد الطباطبائی، قال فی المسألة الرابعة: «إذا علم عدالتها و جامعیتها للشرائط لم یحتج إلی التزکیة لجواز العمل بعلمه خصوصاً فی مسألة عدالة الشاهد و لا یلزم سؤال المدّعی علیه فی أنّه هل له جارح أو لا»، و قال فی المسألة التاسعة: «إذا أقام المدّعی علی التزکیة بیّنة مقبولة وجب علی الحاکم أن یبیّن للمدّعی علیه أنّ له حقّ الجرح إذا لم یکن عالماً به». «۳»

و الظاهر وجوب السؤال مطلقاً إذا لم یکن عالماً بأنّ له حقّ الجرح، لأنّه القدر المتیقّن من دلیل القضاء و لیس له إطلاق یعمّ صورة جهل الخصم بجواز الجرح بل اللازم أوسع فی ذلک، إذ یلزم سؤاله عن کلّ ما أُقیم علیه، من الأسناد و المحاضر و التقاریر المکتوبة بخطّه، لاحتمال کونه مزوّراً و أنّ له المقدرة علی

---

(۱) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۷۰، المسألة ۲.

(۲) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۵۹.

(۳) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲، المسألة ۴ و ۹.

إثبات التزویر و علیه یدور القضاء فی المحاکم العالمیة و أمّا علم القاضی بعدالتهما شخصیّاً، فلا ینفی وجوب السؤال، لأنّ العلم بعدالتهما لا ینافی وجود الاشتباه فی شهادتهما و لعلّ فی وسع الخصم أن یثبت خطئهما فی الشهادة.

السادسة: إذا استمهل المدّعی علیه فی إحضار الجارح

إذا استمهل المدّعی علیه فی إحضار الجارح فهل یجب الإنظار أو لا، و علی فرض الوجوب فهل المدّة محدّدة بثلاثة أیّام أو لا؟

أمّا الأوّل فقد استدل له باحتمال صدق الخصم، و الأولی الاستدلال، بأنّ القضاء أمر عرفی و الإطلاقات ناظرة إلی المتعارف منه و المتعارف هو الإمهال علی وجه لا- ینتهی إلی الإهمال فی أمر القضاء و المسامحة فیه و ما نقله عن کاشف اللثام من أنّ الحاکم ینفّذ حکمه و الخصم علی حجّته إذا ثبت الفسق «۱» غیر تام. و ذلک لأنّ صحّة القضاء فرع تمامیّة میزان القضاء لأنّه إذا کان احتمال المعارض أمراً عقلائیاً فالقول بتمامیّة میزان القضاء أمر مشکل خصوصاً إذا کان إحضار الجارح أمراً سهلًا، لا یعدّ تعطیلًا للقضاء، و لا مسامحة فیه، بل إمعاناً و دقّة.

و أمّا مدّة الإنظار فقد نسب إلی المشهور أنّه ثلاثة أیّام من غیر تفصیل بین بعد المسافة و قربها.

ثمّ إنّ الدليل على وجوب الإنظار ما ذكرناه من انصراف دليل القضاء إلى المتعارف نعم استدل للإمهال بمرسلة سلمة بن كهيل عن على عليه السلام: «و اجعل لمن ادّعى شهوداً غُيّباً أمداً بينهما فإن أحضرهم أخذت له بحقّه و إن لم يحضرهم أوجبت عليه القضية». «۲»

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۱۹۳، نقلًا عن كشف اللثام.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱.

و مورد الحديث فى إمهال المدّعى لأن يحضر الشهود الغُيّب و العرف يساعد، إلغاء الخصوصية و شموله لإمهال المدّعى عليه لإحضار شهوده الغُيّب للجرح و عدم التقييد بثلاثة دليل على أنّه تختلف مدّة الإنظار حسب بعد المسافة و قربها و إمكان التوصّل بها. اللّهمّ إلّا أن يقال بتوقف الإحضار على مرور زمان، لا يتحمل به عادة ففى مثله يصحّ أن يقال أنّه يقضى، و الخصم على حجّته.

السابعة: لا حلف مع إقامة البيّنة

اشارة

اتّفق الأصحاب على أنّه لا يُستحلف المدّعى مع البيّنة القابلة لإثبات الحقّ.

قال الشيخ: و لم يستحلف المدّعى مع بيّنته و قال بعض من تقدّم: لا يحكم له بالبيّنة حتّى يستحلفه معها. «۱»

و يكفى فى ذلك ما تضافر عن رسول الله صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: أنّ البيّنة للمدّعى و اليمين على من ادّعى عليه أو من أنكره و التفصيل قاطع للشركة. و يدلّ على الحكم مضافاً إلى ما عرفت غير واحد من الروايات. «۲»

نعم ورد فى مرسلة سلمة بن كهيل: «و ردّ اليمين على المدّعى مع بيّنته فإنّ ذلك أجلى للعمى و أثبت للقضاء» «۳»، و هذا الموضع منها مرفوض لم يعمل به أحد، و سلمة بن كهيل زيدى بترى، لا يؤخذ بما تفرّد به.

نعم يستثنى منه، ما إذا كانت الدعوى على ميّت فقد تفرّد اثنان من القدماء على ضمّ اليمين إلى البيّنة أحدهما الصدوق فقد عقد باباً لهذا و قال: «باب الحكم

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۵۹.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲۱.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱.

باليمين على المدّعى على الميّت هنا بعد إقامة البيّنة» «۱» و الآخر الشيخ فى المبسوط. «۲» و لم نجد من نصّ على الحكم من عصر الشيخ (۴۶۰-۳۸۵ ه) إلى عصر المحقّق (۶۷۶-۶۰۲ ه) نعم اشتهر القول به من عصره و إليك بعض الكلمات:

قال المحقّق: و لا يُستحلف المدّعى مع البيّنة إلّا أن تكون الشهادة على ميّت فيُستَحلف على بقاء الحقّ فى ذمّته استظهاراً. «۳»

و قال العلّامة: و لا يستحلف المدّعى مع البيّنة إلّا أن تكون الشهادة على ميّت أو صبىّ أو مجنون أو غائب فيُستحلَف على بقاء الحقّ استظهاراً يميناً واحدة و إن تعدّد الوارث. «۴»

و قال الشهيد الثانى: و إن كانت الدعوى على ميّت فالمشهور بين الأصحاب لا يظهر فيه مخالف أن المدّعى يستحلف مع بيّنته على

بقاء الحقّ فی ذمّة المیّت و لکن تردّد فی کون الحکم إجماعیاً. «۵»

و قریب منه فی مجمع الفائدة و إن ناقش فی مستند الحکم سنداً و دلالة و خرج باستحباب الحلف فی النتیجة کما سیوافیک. «۶»

و الغور فی کتب الأصحاب یوقفنا علی مکانة المسألة و أنّه لیس هناک إجماع و من العجب ادّعاء صاحب الجواهر فیها الإجماع حیث قال: لم یصرّح به أحد قبل المصنف غیر الشیخ إلّا أنّ ذلک غیر قادح فی تحصیل الإجماع علی بعض طرقه المقرّرة فی الأُصول و لذا حکاه الصیمری علیه هنا فلا ریب فی الاستدلال به بناء علی حجّیة مثله. «۷»

---

(۱) الصدوق، الفقیه: ۳/ ۳۸، الباب ۲۶.

(۲) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۵۹.

(۳) نجم الدین الحلّی: الشرائع: ۴/ ۸۵.

(۴) العلامة، إرشاد الأذهان: ۲ و قریب منه عبارة القواعد لاحظ مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۸۹.

(۵) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۱۰

(۶) الأردبیلی، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۶۰۱۵۶.

(۷) النجفی، الجواهر: ۴۰/ ۱۹۵۱۹۴.

أقول: إنّ ادّعاء الإجماع لا یصحّ علی تمام المبانی فی ادّعائه إلّا الادّعاء علی وفق القاعدة، و أنّهم قدّس الله أرواحهم لو کانوا ملتفتین لمصدر الحکم کما التفتنا، لأفتوا به و هو کما تری و هذا ممّا یسیئ الظنّ بکثیر من الإجماعات المدّعاة.

و الدلیل علیه روایات ثلاث:

الأُولی: خبر عبد الرحمن بن أبی عبد الرحمن البصریّ

قال: «و إن کان المطلوب بالحقّ قد مات، فأُقیمت علیه البیّنة فعلی المدّعی، الیمین بالله الذی لا إله إلّا هو لقد مات فلان و أنّ حقّه لعلیه، فإن حلف و إلّا فلا حقّ له لأنّا لا ندری لعلّه قد أوفاه ببیّنة لا نعلم موضعها أو غیر بیّنة قبل الموت فمن ثمّ صارت علیه الیمین مع البیّنة، فإن ادّعی بلا- بیّنة فلا حقّ له، لأنّ المدّعی علیه لیس بحیّ، و لو کان حیّاً لأُلزِمَ الیمین أو الحقّ أو یردّ الیمین علیه، فمن ثمّ لم یثبت الحق». «۱»

و قد أمعن النظر فیها المحقّق الأردبیلی و ذکر انّه یستفاد منها أحکام (ثمانیة) علی خلاف القاعدة ثمّ ضعف الروایة بالوجوه التالیة:

۱- فی سندها محمّد بن عیسی بن عبید الیقطینیّ.

۲- و یاسین الضریر المهمل فی الرجال.

۳- من أین نعلم أنّ المراد من الشیخ هو الإمام الکاظم علیه السلام؟

۴- عدم التصریح بتعدّد البیّنة. «۲»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

(۲) عبارة المجمع فی المطبوع هکذا: لعدم التصریح یتعذّر البینة و هو تصحیف «تعدّد» البینة کما هو کذلک فی مفتاح الکرامة و عبّر عن الإشکال فی الجواهر بقوله: «لاحتمال إرادة غیر الشاهدین من البیّنة».

۵ ظاهرها وجوب اليمين المغلّظ و لا قائل به.

۶- يمكن حمل اليمين على التقية أو الاستحباب. «۱»

و الحقّ أنّ هـذه المناقشـات دون مقام الأردبيلى و لأجل ذلك قال صاحب الجواهر: لا يستأهل للردّ فإنّ دفعها واضـحة جـدّاً و أجاب عنها فى مفتاح الكرامة على وجه التفصيل. «۲» فلاحظ.

الثانية: صحيحة محمّد بن الحسن الصفار:

اشارة

كتب إلى أبى محمّد الحسن بن على عليهما السَّلام.

أ: هل تقبل شـهادة الوصـىّ للميّت بـدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع عليه السـلام: «إذا شـهد معه آخر عدل فعلى المدّعى اليمين».

ب: و كتب أ يجوز للوصـىّ أن يشهد لوارث الميّت صغيراً أو كبيراً و هو القابض للصغير و ليس الكبير بقابض؟ فوقّع عليه السلام: «نعم و ينبغى للوصىّ أن يشهد بالحقّ و لا يكتم الشهادة».

ج: و كتب أو تُقبل شهادة الوصىّ على الميّت مع شاهد آخر فوقّع: «نعم من بعد يمين». «۳»

و الاستدلال يتوقّف على دراسة الأسئلة الثلاثة الواردة فيه.

تحليل السؤال الأوّل:

الظاهر من قوله: «للميّت بدين له على رجل» أنّ الميّت من له الدين،

---

(۱) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۶۰.

(۲) السيّد العاملى، مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۹۰.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب الشهادات، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۲۵

و الرجل الظاهر فى كونه حيّاً من عليه الدين، و قام شاهدان أحدهما الوصى و الآخر غيره. ففى مثله، فرض اليمين على المدّعى، و هل المدّعى هو الوصىّ، أو أولاد الميّت و ورّاثه، الظاهر هو الثانى، و على كل تقدير فلا يخلو هذا الشق من تأملات:

۱- كيف تقبل شـهادة الوصـى فيما هو وصىّ فيه خصوصاً إذا كان وصياً للميّت و قيّماً للصغير فإنّ الشهادة عندئذ تجرّ نفعاً لجواز أكل الوصىّ من ماله حسب الحاجة؟ «۱»

أقول: يمكن أن يقال: إنّ الوصىّ ليس من الشهود و ذلك بوجهين:

أ: احتمـال رجوع ضـمير «معه» فى كلاـم الإمـام إلى «الشاهـد الآـخر العـدل» الوارد فى كلام الراوى و عندئـذ يخرج الوصـى عن كونه شاهداً.

ب: نفترض أنّ الضـمير فى «معه» يرجع إلى الوصـى، و المعنى إذا كان مع الوصـى، شاهـد آخر عـدل «فعلى المـدّعى اليمين» و ذلك لعدم الاعتبار بشـهادة الوصىّ بل الاعتبار بالشاهد الآخر، و يمين المدّعى. نعم عند ذاك تصير لفظة «معه» زائداً و مستدركاً لعدم العبرة بشهادة الوصىّ بل بيمين المدّعى سواء كان وصيّاً أو ولد الميّت.

۲- إذا قامت البيّنة على الدين، فما الحاجة إلى يمين المدّعى، مع كون المدّعى عليه حيّاً؟

أقول: الإشكال متوجّه على ما افترضناه فى الفرض الأوّل و هو العبرة بشهادة الوصى و العدل الآخر و أمّا على الفرض الثانى، من كون الحجّة هو العدل و اليمين فلا.

---

(۱) لقوله سبحانه: (وَ ابْتَلُوا الْيَتامى حَتّى إِذا بَلَغُوا النِّكاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ وَ لا تَأْكُلُوها إِسْرافاً وَ بِداراً أَنْ يَكْبَرُوا، وَ مَنْ كانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) (النساء/ ۶).

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۲۶

على انّه يمكن تصحيحه على الفرض الأوّل، إذا افترضنا، كون المديون ميّتاً و اليمين للاستظهار إذ لعلّه وفى دينه فيكون دليلًا على المقام أيضاً.

تحليل السؤالين: الثانى و الثالث

أمّا السؤال الثانى فهو يشمل على جواز شهادة الوصى فيما هو وصى فيه. و هى غير معتبر لجرّ النفع كما عرفت.

و أمّا الثالث: فالمفروض فيه خلاف الصورة الأُولى، فقد افترض الميّت مديوناً لدائن فلا تقبل الشهادة على الميّت إلّا بعد يمين.

و عندئذ يتوجّه السؤال التالى:

المشهور أنّ للوصى قضاء دين الميّت إذا كان عالماً به مع أنّ ظاهر الرواية (الجواب الثالث) عدم جوازه إلّا مع يمين المدّعى.

و يمكن أن يكون وجه التعليق على يمين المدّعى عدم علم الوصىّ بالبقاء، و الظاهر أنّ المراد من اليمين هو يمين المدّعى و هو فى المقام غير المدّعى فى الأوّل.

و بذلك يندفع ما ربّما يقال من أنّ ظاهرها انّه لا يجوز للوصى أن يقضى دين الميّت مع علمه به و إن كان مع عدل إلّا مع يمين المدّعى و هو خلاف ما تقرّر. «۱»

و ذلك لاحتمال عدم علمه بالبقاء أو لدفع التهمة عن نفسه و على كلّ تقدير يمكن أن يكون مؤيداً لهذا الاستثناء.

ثمّ إنّ للصفّار صحيحة أُخرى جاء فيها تنفيذ الشهادة على الميّت من دون ضمّ يمين فتكون مخالفة لما ذكر.

روى أنّه كتب إلى أبى محمّد عليه السلام رجل أوصى إلى ولده و فيهم كبار قد أدركوا و فيهم صغار أ يجوز للكبار أن ينفذوا وصيته و يقضوا دينه لمن صحّ على الميّت

---

(۱) مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۶۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۲۷

بشهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار فوقّع عليه السلام: «نعم على الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم و لا يحسبوه بذلك». «۱»

و يمكن الجواب بأنّه إذا كان التعارض، تعارض الإطلاق و التقييد، تقيد الثانية بالأُولى و لا إشكال. و لا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة.

الثالثة: سليمان بن حفص المروزى

إنّه كتب إلى أبى الحسن عليه السلام فى رجل مات و له ورثة فجاء رجل فادّعى عليه مالًا و أنّ عنده رهناً فكتب عليه السلام:

۱- «إن كان له على الميّت مال و لا بيّنة له عليه فليأخذ ماله بما فى يده و ليردّ الباقى على ورثته».

۲- «و متى أقرّ بما عنده، أَخذ به و طولِب بالبيّنة على دعواه و أَوفىَ حقّه بعد اليمين».

۳- «و متى لم يقم البيّنة و الورثة ينكرون، فله عليهم يمين علم يحلفون بالله ما يعلمون انّ له على ميّتهم حقّاً». (۲)

إنّ الإمام فى الفقرة الأُولى يرشده إلى كيفية استنقاذ ماله.

كما أنّه فى الفقرة الثانية، يبيّن الحكم الشرعى و أنّ من أقر بمال عنده للغير يؤخذ منه المال، و يُطالب بالبيّنة بالنسبة إلى الدين الذى يدّعيه و عندئذ شقان:

۱- إن أقام البيّنة، فلا بدّ من ضمّ اليمين إليه و هو ظاهر قوله فى الفقرة الثانية: «و أُوفى حقّه باليمين» بالبناء على المجهول.

۲- إذا لم يقم البيّنة، فهذا ما جاء فى الفقرة الثالثة و حاصله أنّه ليس للمرتهن

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۵۰ من كتاب الوصايا، الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۲۰ من أبواب الرهن، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۲۸

على الورثة سوى التحليف بنحو يمين علم، لا حلفاً على أنّ الواقع كذلك لأنّ المفروض عدم علمهم به.

و بعد دراسة الروايات الثلاث، تبيّن لزوم اليمين و وجوبه، و إن ذهب الأردبيلى إلى خلافه. و حمله على الاستحباب أو التقية، و الثانى لا وجه له و الأوّل على خلاف الظاهر فتدبّر.

و ليعلم أنّ محلّ البحث ما إذا ادّعى المدّعى اشتغالَ ذمّة الميّت بالدين إلى زمان الموت، و لكن شهدت البيّنة على أصل الاشتغال، لا على بقائه إلى حينه. و أمّا إذا قامت البيّنة على الاشتغال إلى زمانه فهو خارج عن موضوع الروايات، لقيام الحجّة الشرعية على الاشتغال إلى حينه و لا موضوع للاستظهار حتّى يُكلّف باليمين فقوله فى رواية البصرى: «لعلّه قد أوفاه ببيّنة لا يعلم موضعها، أو غير بيّنة قبل الموت» غير صادق فى هذه الصورة و ليكن هذا ببالك فإنّه يفيدك فى المستقبل ففى كثير من الكلمات خلط بين الصورتين.

التعدّى عن مورد النصوص إلى غيره

اشارة

إنّ هنا موارد للمسألة غير منصوصة يجب استنباط حكمها منها أو من غيرها و ذلك لأنّ المنصوص فى السؤال الثالث يشتمل على قيود يكفى فى كون المورد خارجاً عن النصوص، ارتفاع قيد منها فالقيود الواردة فيه عبارة:

۱- احتمال براءة ذمّة الميّت لأجل احتمال الايفاء فهل يتعدّى منه إلى ما إذا كان احتمال البراءة مستنداً إلى غير الإيفاء، كالإبراء و محاسبته من باب الحقوق؟

۲- إنّ المدَّعى فى النصّ هو صاحب الحقّ، فهل يتعدّى فيه إلى وارثه أو وصيّه؟

۳- انّ المدّعى به فى النصّ هو الدين فهل يتعدّى منه إلى ما إذا كان العين؟

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۲۹

۴ إنّ المثبت للحقّ فى النصّ هو الشاهدان فهل يتعدّى منه إلى ما كان المثبت هو الشاهد و اليمين؟

۵- إنّ المدّعى عليه فى النصوص هو الميّت فهل يتعدّى منه إلى من هو بمنزلته كالمجنون و الصغير و الغائب؟ و إليك البحث عن هذه الموارد واحداً بعد الآخر.

۶- إذا استمهل المدّعى لإحضار البيّنة.

الأوّل: إذا احتمل الإبراء

إذا علم عـدم الوفاء و لكن يحتمل الإبراء أو أداء الغير أو الوصـية بإيفاء الورثـة، مع وفاتهم. و بعبارة أُخرى: إذا علم عدم الوفاء و لكنّه يحتمل أنّ المدّعى قد أبرأه فى زمان أو حاسبه من باب الحقوق الواجبة أو غيره فالظاهر لزوم اليمين بنفس العلّة الواردة فى رواية عبد الرحمن البصرىّ و احتمال الوفاء من باب المثال.

الثانى: إذا كان المدّعى وارثَ الميّت

إذا كـان المـدّعى على الميّت وارث صـاحب الحقّ أو وصـيّه فله صور أربع حسب اتّفاقهمـا على أصـل الـدين أو على بقـائه إلى زمان الموت أو اختلافهما فى ذلك.

أ: أن يدّعى أصل الدين، و شهدت البينة على أصل الدين.

ب: أن يدّعى بقاء الدين إلى زمان الموت و شهدت البيّنة على بقائه إلى حين الموت.

ج: إذا ادّعى الوارث بقاءه إلى حين الموت و شهدت البيّنة على أصل الدين.

د: عكس الصورة الثالثة.

يعلم حكم الأوّلين ممّا ذكرنا فى الفرع الأوّل فلا يقضى فى الأُولى إلّا باليمين

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۳۰

دون الثانية لقيام الحجّة التامّة على الاشتغال فيها فلا حاجة إلى اليمين.

إنّما الكلام فى كيفيـة الحلف فى الصورة الأُولى، فهل يحلف الوارث حلفاً بتّياً اعتماداً على الاستصـحاب و الحكم الظاهرى أو يحلف على نفى العلم بالوفاء، و الإبراء، أو تسـقط اليمين و يـدخل تحت عمومات حجّيـة البيّنـة، أو يدخل تحت روايات المسألة غاية الأمر لا يقضى بشىء لعدم التمكّن من الحلف و إن كان فيه معذوراً، وجوه.

احتمـل صاحب الجواهر أن يكون له الحلف على البتّ، على مقتضـى الاستصـحاب، كما يجوز الحلف على مقتضـى اليـد لأنّ سـقوط الحقّ مع وجود البيّنـة مناف لمـذاق الفقه. «۱» و لكنّه غير تـام كمـا اعترف به لانصـراف الروايـات إلى الحلف مع العلم، لا الحلف مع الشك.

و مثله الصورة الثانيـة، إذ ليس فى عـدم علمه بالوفـاء و عـدمه، اختلاـف بين الطرفين فتكون اليمين بهـذا النحو لغواً، نعم لو ادّعى على الوارث بعلمه بالوفاء لكان له وجه، لكنّه خلاف المفروض.

و الظـاهر هو الاحتمـال الثـالث لبعـد سـقوط الحقّ مع وجود البيّنـة، و اليمين فى جـانب المـدّعى على خلاـف القاعـدة فتختصّ بمورد الإمكان فيكون المرجع هو إطلاق حجّيـة البيّنـة، و اختار السيّد الطباطبائى الوجه الرابع قائلًا بأنّ حاله حال مورّثه، فكما أنّه لو لم يجزم ببقاء الحقّ و عدم الوفاء لا يجوز له أن يحلف و لا يَثبت حقّه، فكذا لا يجوز له و حينئذ لا يثبت الحقّ لعدم تمامية الحجّة. «۲»

يلاحظ عليه: أنّ القـدر المتيقّن فى المخصّص لـدليل حجّية البيّنة فيما إذا أمكن له الحلف، كما فى المورّث، دون ما لا يمكن فالأخذ بإطلاق الأدلّة أولى من إهمالها. و إن كان التصالح أحسن.

---

(۱) النجفى، الجواهر: ۴۰/ ۱۹۸.

(۲) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۸۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۳۱

و فى الصورة الأولى هل تكفى يمين واحـدة أو تتعـدّد حسب تعدّد المورد؟ وجهان: اختار صاحب الجواهر كفاية اليمين الواحدة قائلًا

بأنّ مقتضـى إطلاق النص، اعتبار يمين واحـدة فى تمامية حجّية البيّنة. «۱» و ذهب السـيّد الطباطبائى إلى تعـددها و أنّه لا بدّ من حلف كـلّ منهم على بقـاء مقـدار حقّه من الإرث و لا ـ يكفى حلـف بعض منهم عن الجميع نظير إثبـات الحقّ بالشاهـد و اليمين مع تعـدّد المدّعين فلو لم يحلف بعضهم لعدم علمه لم يثبت مقدار حقّه. «۲» و الحاصل أنّ صاحب الجواهر اختار أنّ اليمين متمّم لحجّية البيّنة و ليست جزء مثبتاً للحقّ، بخلاف السيّد فإنّه جعله جزءاً للحجّة.

و الظاهر عدم الفرق بين المبنيين، إذا كانت لليمين مدخلية فى الإثبات سواء كان جزء مثبتاً أو متمّماً، و الأولى أن يقال إنّه تكفى يمين واحـدة، لأجل كونها اسـتظهارية، تحرّزاً من إيفائه من دون أن تطلع عليه البيّنـة. و إلّا فالبيّنـة، حجّـة تامّة، و تكفى فى الاسـتظهار يمين واحدة و إن كان الأولى التعدد.

و ممّا ذكرنا يعلم حكم الصورة الثالثة فيحلف المدّعى على وجه البتّ و فى الصورة الرابعة يقضى بلا يمين لتمامية الحجّة.

الثالث: هل يقتصر على الدين أو يتعدّى إلى العين؟

هـل يختصّ الحكم بالـدين أو يشـمل العين أيضا بل كلّ دعوى على الميّت سواء كانت عيناً أو ديناً، أو منفعـة أو حقّاً كحقّ الرهانـة و حقّ الخيار؟ قال الشهيد: يجب الاقتصار على ما دلّ عليه من كون الحلف على المدّعى مع دعواه الدين على الميّت كما يدلّ عليه قوله: «و أنّ حقّه لعليه و إنّا لا نـدرى لعلّه أوفاه»، فلو كانت الـدعوى عيناً فى يده بعارية أو غصب، دفعت إليه مع البيّنة من غير يمين. و لو لم يوجد فى التركة و حكم بضمانها للمالك ففى إلحاقها حينئذ بالدين نظراً

---

(۱) النجفى، الجواهر: ۴۰/ ۱۹۸.

(۲) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۱۹۷.

إلى انتقالها إلى الذمّة أو العين نظراً إلى أصلها وجهان: أجودهما الثانى «۱» و تبعه النراقى فى المستند و نسبه إلى العلّامة فى القواعد، و الفاضل المقداد فى التنقيح، لاختصاص النصّ بالدين قال:

أمّا الصـحيحة (صـحيحة الصـفار) فلتصـريحها بالـدين و أمّا الروايـة (عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه) فلظهورها فيه لمكان لفظ «الحقّ»، و «لعليه» و «أوفاه»، نعم رويت الصحيحة فى الكافى مجرّدة عن لفظ «بدين» و أمّا النسخ المصححة عندى فكلّها مشتملة على لفظ «بدين» و أمّا ما قيل «انّ النصّ و إن كان مخصوصاً بالدين إلّا انّ مقتضـى التعليل المنصوص و هو الاستظهار، العموم» ففيه انّ العلّة هى احتمال الإيفاء و هو فى العين التى بيده غير جار بل الجارى فيه احتمال النقل و نحوه. و غير ذلك من التعليل، مستنبط لا يعبأ به. «۲»

و إليه ذهب صـاحب الجواهر و حاصـل النزاع أنّ المرجع هو عموم حجّيـة البيّنـة، أو الأخبار الثلاثـة الخاصّـة فالمشايـخ يرجّحون كون المرجع، هو عموم أدلّـة حجّيـة البيّنـة و لكن يمكن ترجيـح القول الثانى بأنّ ذكر الوفاء فى رواية البصـرى من باب المثال، كالدين فى صحيحـة الصـفار، و أنّ الميزان، احتمـال أمر، موجب لـبراءة ذمّـة الميّت من وفـاء أو نقـل جديـد و قـد تقـدّم أنّه لو احتمـل الإبـراء أو المصالحـة، فهمـا أيضاً يلحق باحتمال الوفاء و أنّه جيء به بعنوان المثال لكونه الغالب. و التعليل بأمر ارتكازى لا تعبـدىّ فيكون جميع الاحتمالات المتشابهـة سواسـية من غير فرق بين بقاء العين أو تلفه و من غير فرق عند التلف بين تلفه فى حياة القابض، أو بعد موته، و ما يظهر من صاحب الجواهر «۳» من التفريق بين التلفين و أنّه لو تلف فى زمانه فهو داخل تحت الخبر (البصـرى و الصـفار) و لو تلفت بعده فالخبران قاصران عن شموله، غير تام.

---

(۱) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۱۱.

(۲) النراقی، المستند: ۲/ ۵۲۱.

(۳) النجفی، الجواهر: ۴۰/ ۹۸.

و مع ذلک کلّه فالحقّ هو عدم الإلحاق مطلقاً و ذلک لأنّ البیّنهٔ لا تخلو إمّا أن تشهد علی کون العین باقیهٔ علی ملک المدّعی إلی حین موت القابض أو تشهد علی أنّها کانت ملکاً له. من دون الشهادهٔ، علی بقائها إلی حینه، فعلی الأوّل یقضی بها من دون یمین لعدم الحاجهٔ إلی الاستظهار بعد قیام البیّنهٔ علی کونها باقیهٔ فی ملک المدّعی، و أمّا علی الثانی فلا تفی البیّنهٔ بإثبات بقائها ملکاً للمدّعی إلّا بضم الیمین اعتماداً علی الاستصحاب و هو محکوم بقاعدهٔ الید و لیس للقاضی الاعتماد علی الاستصحاب و القضاء به، مع کون المدّعی علیه ذات الید. و توهم عدم حجّیهٔ الید فی تلک الموارد کما تری.

فتحصل أنّ العین لا یلحق بالدین، إمّا لعدم الحاجهٔ إلیه، و إمّا لعدم تمامیّهٔ میزان القضاء کما لا یخفی.

الرابع: هل یقتصر علی الشاهدین أو یتعدّی منه إلی الشاهد و الیمین؟

الظاهر من المحقّق الآشتیانی أنّ القضاء بالشاهد و الیمین علی المیّت ممّا لا غبار علیه إنّما الکلام فی کفایهٔ الیمین الواحدهٔ أو لزوم الحاجهٔ إلی یمینین قال: «ثمّ الکلام فیهما لیس من حیث کونهما کالبیّنهٔ فی ثبوت الحقّ بهما فإنّه ممّا لا إشکال فیه و إنّما الکلام فیها من حیث الاحتیاج إلی یمینین أو کفایهٔ یمین واحد فقد یقال بلزوم تعدّد یمینین نظراً إلی تعدّد موجبهما و الأصل عدم التداخل و قد یقال بکفایهٔ الیمین الواحدهٔ نظراً إلی تأتی المقصود منها لها فلا داعی للتعدد.

و قد یفصّل فی المسألهٔ بین ما إذا شهد الشاهد بالحقّ الفعلی و باشتغال الذمّهٔ فعلًا، و بین ما إذا شهد باشتغال الذمّهٔ سابقاً کما إذا شهد علی سبب الاشتغال فیحکم فی الثانی بالتعدّد و فی الأوّل بکفایهٔ الواحد. «۱»

---

(۱) الآشتیانی: القضاء ۱۴۴.

و اختاره السیّد الطباطبائی و قال: الأظهر وجوب الضمّ إذا کانت الیمین مع الشاهد، علی أصل ثبوت الحقّ من غیر تعرّض لبقائه لأنّ الیمینین متغایران إحداهما علی أصل الاستحقاق و الُاخری علی بقائه، و إن کانت علی الاستحقاق فعلًا ففیه وجهان من تغایرهما من حیث هی، و من عدم الفائدهٔ فی تکرارهما. و الأظهر الأوّل و هو الأحوط إذ یکفی فی تغایرهما فی حدّ نفسهما فلا وجه للتداخل. «۱»

یلاحظ علی ما ذکراه من أنّه إذا شهد بالحقّ الفعلی، فهو خارج عن موضوع الروایات، إذ بعد تمامیّهٔ الحجّهٔ التامّهٔ علی الاشتغال بالفعل لا حاجهٔ إلی الاستظهار بالیمین.

ثمّ إنّ کفایهٔ الشاهد و الیمین مطلقاً حتّی فی مورد الدعوی علی المیّت، یتوقّف علی وجود الإطلاق فی الروایات و هو غیر بعید فقد تضافر عن رسول الله انّه قضی بشاهد و یمین. «۲»

و بما أنّ الیمین فی المقام استظهاری و الیمین الواحدهٔ تفید فائدهٔ الاثنتین، فلا وجه للتکرار و إن کان الأحوط عدم التداخل.

الخامس: إذا شهدت البیّنهٔ علی صبیّ أو مجنون أو غائب

إذا شهدت البیّنهٔ علی صبیّ أو مجنون أو غائب فهل تُضَمُ الیمین إلی البیّنهٔ أو لا؟ فقال المحقّق: «أشبهه انّه لا یمین» «۳» و استقرب العلّامهٔ فی القواعد ضمّها و قال: «و لو کانت الشهادهٔ علی صبیّ أو مجنون أو غائب فالأقرب ضمّ الیمین

---

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۸۶.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم.

(۳) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ۸۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۳۵

و يَدْفع الحاكم من مال الغائب بعد التكفيل». «۱» و ذكر الشهيد فى المسالك، أنّ فى المسألة قولين أشبههما عند المصنّف العدم وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع النصّ و ذهب الأكثر إلى تعدّى الحكم لمشاركتهم للميّت فى العلّة، و هو أنّه ليس للمدّعى عليه لسان يُجيب به فيكون من باب منصوص العلّة، و لأنّ الحكم فى الأموال مبنىّ على الاحتياط التام و هو يحصل بانضمام اليمين، ثمّ اختار هو القول الأوّل. و قد استدل على عدم الإلحاق بوجوه:

۱- ما ذكره صاحب المسالك من أنّ مورد النصّ و هو الميّت أقوى من الملحق به لأنّ جوابه قد انتفى مطلقاً و ليس فى دار الدنيا و الصبىّ و المجنون و الغائب لهم لسان يرتقب جوابهم. «۲»

يلاحظ عليه: أنّ الموضوع الواقعى من لا- يستطيع على الدفاع حين القضاء لا- بعده و الميّت ذكر بعنوان المثال و الغائب على فرض تسليم الحكم فيه خرج بالدليل كما سيوافيك و عندئذ يكون الملحق و الملحق به فى التعليل سيّان إذ ليس التعليل خروجه من الدنيا، أو لا يرجى جوابه حتّى يصحّ ما ذكره من الفرق، بل الحكم على شخص غير قادر على الدفاع فى مجلس القضاء.

۲- إنّ التعليل عبارة عن احتمال صدور عمل من الميّت صار موجباً لفراغ ذمّته، و هو غير متصوّر فى حقّهما.

يلاحظ عليه: أنّ الوفاء من باب المثال و المقصود سبق عمل موجب للبراءة و إن لم يكن مستنداً إلى المدّعى عليه، كالإبراء و المحاسبة من باب الحقوق.

و الحاصل أنّه يجب أن يكون التعليل بأمر ارتكازى و هو فى المقام مركّب من أمرين صدور شىء من الطرفين موجب للبراءة سواء كان إبراءً أو وفاءً، مع كون

---

(۱) السيّد العاملى، مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۹۲، قسم المتن.

(۲) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۱۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۳۶

المحكوم عليه غير قادر على الدفاع فى مجلس القضاء و بذلك يندفع كلا الدليلين.

هذا كلّه فى المجنون و الصغير و أمّا الغائب فقد ورد فيه النصّ من القضاء بالبيّنة بلا ضمّ يمين، فعطفه عليها، فى غالب الكلمات غير صحيح.

روى الشيخ بسند صحيح عن جميل بن درّاج عن جماعة من أصحابنا، عنهما عليهما السلام قال: الغائب يُقضى عليه إذا قامت عليه البيّنة و يباع ماله، و يُقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجّته إذا قدم. قال: و لا يدفع المال إلى الذى أقام البيّنة إلّا بكفلاء. «۱» و المراد من الكفلاء هو مطلق الضامن و لا يشترط فيه التعدّد كما هو المتبادر فى المقام.

و رواه الشيخ أيضاً عن محمّد بن مسلم و زاد: «إن لم يكن ملياً» و مقتضى التعليل المنصوص هو ضمّ اليمين، لأنّه قضاء على إنسان غير مستطيع على الدفاع، غير أنّ الكفيل قام مقام اليمين كما أنّ قوّة حضور الغائب، فى المحكمة فى المستقبل و الاعتراض على الحكم، هوّن الأمر و لم يقيّد باليمين على خلاف المجنون لاحتمال عدم إفاقته، و الصبى لاحتمال عدم ذكره.

إنّ هذا كلّه إذا ادّعى شخص ديناً له على هؤلاء و أمّا إذا ادّعى ولىّ الطفل و المجنون ديناً لهما على ميّت، فلا يقضى إلّا ببيّنة و يمين لأنّه ادّعاء على الميّت فيدخل فى المنصوص و قد عرفت أنّ المراد بصاحب الحقّ هو الأعم من الأصيل و غيره فاليمين على الولىّ كما

أنّ علیه إقامة البیّنة.

***

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۶ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱، و فی السند جعفر بن محمّد بن إبراهیم، و هو من مشایخ الإجازة، و عبد الله بن نهیک و هو عبد الله بن أحمد بن نهیک الثقة ذکره فی مفتاح الکرامة لاحظ: ۱۰/ ۹۴ و بذلک یندفع تضعیف المحقّق الأردبیلی.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۳۷

السادس: إذا استمهل المدّعی لإحضار البیّنة

إذا رفع الشکوی إلی القاضی و قال القاضی له: هل لک بیّنة؟ فقال: نعم لی بیّنة غائبة، فهل یجب الإمهال، أو یُقضی بیمین المنکر أو خُیّر بینهما؟ و لو اختار الإنظار، فهل تلزم علی القاضی مطالبة الکفیل من المدّعی علیه أو لا؟

قال الشیخ فی الخلاف: إذا ادّعی علی غیره حقّاً فأنکر المدّعی علیه، فقال المدّعی لی بیّنة غیر أنّها غائبة، لم یجب له ملازمة المدّعی علیه و لا مطالبته بکفیل إلی أن تحضر البیّنة و به قال الشافعی. و قال أبو حنیفة: له المطالبة بذلک و ملازمته ثمّ استدل الشیخ علی مختاره بأنّ الأصل براءة الذمة و من أوجب ذلک فعلیه الدلالة، و روی سماک عن علقمة بن وائل بن حجر عن أبیه أنّ رجلًا من کندة، و رجلًا من حضرموت أتیا النبیّ صلَّی الله علیه و آله و سلَّم فقال الحضرمی: «هذا غلبنی علی أرضی و ورثتُها من أبی و قال الکندی فی یدی أذرعها، لا حقّ له فیها فقال النبی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم للحضرمی: أ لک بیّنة؟ قال: لا، قال: لک یمینه، قال: إنّه فاجر لا- یُبالی علی ما حلف، إنّه لا یتورّع من شیء فقال النبیّ: لیس لک منه إلّا ذاک» فمن قال له الملازمة و المطالبة بالکفیل فقد ترک الخبر. «۱»

و قال فی المبسوط: و إن کانت البیّنة غائبة قال له الحاکم: لیس لک ملازمته، و لا مطالبته بالکفیل، و لک یمینه أو یرسلَ حتّی یحضر البیّنة و قال قوم له ملازمته و مطالبته بالکفیل حتّی یحضر البیّنة و الأوّل أصحّ و الثانی أحوط لصاحب الحقّ. «۲»

و قال المحقّق فی الشرائع: و لو ذکر المدّعی أنّ له بیّنة غائبة خیّره الحاکم بین

(۱) الطوسی، الخلاف، کتاب القضاء، المسألة ۳۶؛ لاحظ صحیح مسلم، کتاب الأیمان: الجزء الأوّل، الباب ۶۱، برقم ۳۳ و ۲۲۴.

(۲) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۴۰.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۳۸

الصبر و إحلاف الغریم و لیس له ملازمته و لا مطالبته بکفیل. «۱»

و فی النافع اختیار الإمهال و قال: لو قال: البیّنة، غائبة أُجِّل بمقدار إحضارها و فی تکفیل المدّعی علیه تردّد، و یخرج من الکفالة عند انقضاء الأجل. «۲»

أمّا التخییر بین الصبر و القضاء بالبیّنة، و إحلاف الخصم فقد عرفت خلافه و أنّه مع إمکان الاحتجاج بالبیّنة لا یحتجّ بالحلف، إلّا أن یکون الإحضار أمراً حرجیاً للمدّعی فیحتج بالحلف، و تؤیده روایة سلمة بن کهیل «و اجعل لمن ادّعی شهوداً غُیّباً أمداً بینهما فإن أحضرهم أخذت له بحقّه و إن لم یحضرهم أوجبتَ علیه». «۳»

إنّما الکلام فی أخذ الکفیل و الضامن، فربّما یقال بلزوم أخذه، لأنّ فی إطلاقه ضرراً علی المدّعی.

یلاحظ علیه: أنّ معنی حکومة لا ضرر، أنّه یرفع الحکم الشرعی الضرری فی المورد و لیس الحکم بجواز إطلاقه حکماً ضرریاً، بل فیه

احتمال الضـرر، و مثله ما لو فسّر بما هو المختار عنـدنا من أنّ النفى بمعنى النهى و أنّه ليس لأحد، الإضـرار على الغير، إذ ليس فيه إلّا احتمال الإضرار على المدّعى، مضافاً إلى أنّ فى حبسه و ملازمته ضرراً حتمياً على الخصم.

و ربّما يقال بأنّ الأمر دائر بين أحد الضـررين، امّا ضـرر المدّعى بإطلاق الخصم، و إمّا ضـرر المدّعى عليه، بحبسه أو طلب الضمان أو الكفالة منه فتجب على القاضى مراعاة أقلّ الضررين.

---

(۱) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۸۵.

(۲) المختصر النافع: ۲۸۱ ط مصر.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱۰.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۳۹

يلاحظ عليه: أنّ مورد المراعـاة إذا أُكره الإنسان بالإضـرار على شـخص بأحـد أمرين لا تساوى قيمتهما فعلى المورد، ارتكاب أقلّهما، لاما إذا كان هناك ضـرر يدور أمره بالإيراد على أحد الشخصـين، فلا يصحّ تحميل الضرر القليل على شخص، لدفع الضرر الكثير عن الآخر. بل لا بدّ من ملاحظة ضابط آخر محرّر فى مبحث لا ضرر.

نعم لو دلّت القرائن على صـحّة مقالـة المـدّعى و كـان الضـرر المحتمـل، معظماً و كان الخصم فى مظنّة الهرب و الفرار، كان له أخذ الضـمان ولايـة و إلى مـا ذكرنـا يشـير الفاضل المقـداد قال: و يقوى أنّ التكفيل موكول إلى نظر الحاكم فإنّ الحكم يختلف باختلاف الغرماء فإنّ الغريم قد يكون مطلقاً غير مأمون فالمصـلحة حينئذ تكفيله و إلّا لزم تضـييع حقّ المسلم و قد لا يكون كذلك بل يكون ذا مروّة و حشـمة و مكنـة فلاـ حاجـة إلى تكفيله لعـدم ثبوت الحقّ و الأمن من ضـياعه و ربّما يكون المـدّعى محتالًا يكون طلبه للتكفيل وسيلة إلى أخذ ما لا يستحقّه. «۱»

لا شكّ أنّ أخـذ الضامن قبل ثبوت الحق، حكم ضـررىّ لكن هـذا المقدار من الضـرر أمر لا بدّ منه فى باب القضاء، و الأدلّة منصـرفة عنه و لأجل ذلك لا يعدّ إحضار المنكر إلى المحكمة و السؤال عن الموضوع أمراً ضـررياً لأنّ القاضى مأمور بإحقاق الحقوق و ليس له طريق إلّا هذه الأُمور. و بالجملة باب القضاء فى الإسلام موضوع على هذا النوع من الضرر فلا يرتفع بالقاعدة.

و منه يعلم حكم ما لو أقام شاهداً و استمهل إلى إقامة شاهد آخر فمقتضى القاعدة عدم وجوب أمر على الخصم إلّا ما عرفت.

***

---

(۱) الفاضل المقداد، التنقيح الرائع: ۴/ ۲۵۳۲۵۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۴۰

الفصل الثالث: فى سكوت المدّعى

اشارة

قد تقدّم أنّ المدّعى عليه، إمّا أن يُقرّ، أو يُنكر أو يسكت، و قد مضى الكلام فى الأوّلين و بقى الكلام فى الثالث،

فإذا سكت و لم يجب بإثبات و لا نفى فهو على قسمين:

اشارة

إمّا أن یسکت عمداً و عناداً أو یسکت لآفة فیه من طرش أو خرس. و الکلام فی القسم الأوّل.

[القسم الأول السکوت عمدا أو عنادا]

اشارة

ثمّ إنّ السکوت إمّا مع وجود البیّنة للمدّعی أو مع عدمها، لا خلاف فیما إذا أقام بیّنة فإنّ القاضی یحکم بها و إن سکت المدّعی علیه إذ مع قیام الحجّة یجب القضاء علی القاضی، غایة الأمر یلزم علیه إلفات نظر المدّعی علیه إلی أنّ له جرح بیّنة المدّعی أو نقد ما أقام من دلیل فإذا سکت فقد عمل القاضی بواجبه فیتمحض الکلام فی السکوت عن عمد، مع عدم البیّنة للمدّعی.

ثمّ الأقوال فیه مختلفة:

١- یُلزم بالجواب فإن أصرّ حُبِس حتّی یجیب.

٢- یُجبر حتّی یجیب من غیر حبس بل یضرب و یبالغ معه فی الإهانة إلی أن یحصل الغرض.

٣- یقول له الحاکم ثلاثاً: إن أجبت و إلّا جعلتک ناکلًا و رددت الیمین علی خصمک. علی القول بعدم القضاء بمجرّد النکول، و إلّا فیقضی علیه بلا حاجة إلی ردّ الیمین.

و الأوّل هو المشهور، و الثانی لا قائل به و الثالث خیرة الشیخ فی المبسوط و ابن

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج١، ص: ۴۴١

إدریس فی السرائر. «١»

و یظهر من العلّامة قول رابع فی التحریر و هو أنّه قید الحکم بالنکول بالقول علیه باللطف و الغلظة أوّلًا حتّی ینتهی إلی القضاء بالنکول. «٢»

کما أنّه یظهر من الشهید فی الروضة «٣» قول خامس و هو التخییر بین الحبس و النکول بردّ الیمین علی المدّعی و هو خیرة ابن البرّاج أیضاً. «۴»

ثمّ الظاهر من کلمات الفقهاء أنّه یکفی الحبس من دون شیء معه، لکن صاحب الریاض قدّم اللطافة بالرفق، ثمّ بالإیذاء و الشدّة متدرّجاً من الأدنی إلی الأعلی علی حسب مراتب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، فإن أجاب و إلّا حبسه. «۵» و هذا یکون قولًا سادساً و لیس نفسَ القول الثانی، فإنّه مبنی علی الضرب حتّی یجیب. و إلیک نقل بعض الکلمات:

١- قال المفید: إن کان صحیحاً و إنّما یتجاهل، و یعاند بالسکوت، أمر بحبسه حتّی یُقِرّ أو ینکر إلّا أن یعفو الخصم عن حقّه علیه. «۶»

٢- قال الشیخ الطوسی: إذا ادّعی علی غیره دعوی فسکت المدّعی علیه أو قال: لا أُقرّ و لا أُنکر فإنّ الإمام: یحبسه حتّی یجیبه بإقرار أو بإنکار و لا- یجعله ناکلًا و به قال أبو حنیفة و قال الشافعی: یقول له الحاکم ثلاثاً إمّا اجبتَ علی المدّعی و إلّا جعلناک ناکلًا و رددنا الیمین علی خصمک، و قال: دلیلنا أنّ الأصل البراءة و ردّ الیمین فی هذا الموضع و جعله ناکلًا یحتاج إلی دلیل و لیس فی الشرع ما یدلّ علیه. «٧»

---

(١) الطوسی، المبسوط: ٨، آداب القضاء ١۶؛ ابن إدریس، السرائر: ٢/ ١۶٢.

(٢) العلّامة، تحریر الأحکام: ٢/ ١٨٩.

(۳) زين الدين العاملى، الروضة البهية: ۱/ ۲۸۵، كتاب القضاء، ط عبد الرحيم.

(۴) ابن البرّاج، المهذَّب: ۲/ ۵۸۶.

(۵) السيّد على الطباطبائى، الرياض: ۲/ ۳۴۳.

(۶) المفيد، المقنعة: ۷۲۵.

(۷) الطوسى، الخلاف: كتاب القضاء، المسألة ۳۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۴۲

۳ و قال فى نهايته: أمر بحبسه حتّى يُقر أو يُنكر إلّا أن يعفو الخصم. «۱»

۴- و قال ابن حمزة: إذا سكت عن الجواب تعنّتاً يحبسه الحاكم حتّى يُقرّ أو يُنكر إلّا أن يعفو الخصم. «۲»

۵- و قال ابن سعيد: «و إن لم يجب و هو صحيح حبس حتّى يجيب». «۳»

۶- و قال ابن البرّاج بالتخيير بين جعله ناكلًا و الحبس و إن كان الأوّل أولى قال: فإن سكت أو قال: لا أقرّ و لا أُنكر، قال الحاكم له أن أجبت عن الدعوى و إلّا جعلتك ناكلًا و رددّت اليمين على خصمك، و ذُكر أنّه يحبسه حتّى يجيب إمّا بإقرار أو بإنكار و لا يجعله ناكلًا و ما ذكرناه أوّلًا هو الظاهر من مذهبنا و لا بأس بالعمل بالثانى. «۴»

۷- و قال الشيخ فى المبسوط بالقول الثالث أى جعله ناكلًا. «۵»

۸- و قال ابن إدريس: و الصحيح من مذهبنا و أقوال أصحابنا و ما يقتضيه المذهب أنّه فى المسألتين (إذا سكت أو أقرّ بشىء و لم يبيّن) أنّه يجعله الحاكم ناكلًا و يردّ اليمين على المدّعى. «۶»

دليل القول بالحبس

استدل للقول الأوّل بوجهين:

۱- إنّ الجواب حقّ للمدّعى فيتوصّل فى تحصيله إلى حبسه كما إذا ثبت الحقّ بإقراره أو ببيّنة، مع إنكاره فيحبس حتّى يؤدّى.

يلاحظ عليه: أنّه ممنوع صغرى و كبرى.

---

(۱) الطوسى، النهاية: كتاب القضاء و الأحكام.

(۲) ابن حمزة، الوسيلة: ۲۱۲.

(۳) ابن سعيد الحلى، الجامع للشرائع: ۲۵۴.

(۴) ابن البرّاج، المهذّب: ۲/ ۵۸۶.

(۵) الطوسى، المبسوط: ۸، فى آداب القضاء ۱۶.

(۶) ابن ادريس، السرائر: ۲/ ۱۶۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۴۳

أمّا الأُولى فإنّ كون الجواب حقّاً، يتوقّف على وجود دليل عليه من شرع أو عرف، و الأوّل غير موجود و الثانى إنّما يصحّ إذا ترافعا إلى القاضى بالرضا و الرغبة، أو كانت بين الشخصين صلة تجارية أو غير ذلك بما يُصحِّحُ فى نظر العرف لزومَ الإجابة على المدّعى عليه.

و أمّا الثانى: فلو سلّمنا أنّه حقّ و لكن لا دليل بوجه كلّى يدلّ على جواز حبس من عليه الحقّ إذا أمسك عن مثل هذا الحقّ (الجواب) خصوصاً إذا أمكن للمدّعى التوصّل إلى تحصيله بطريق أسهل و أخف كما فى كلام سيّد الرياض.

۲- النبوی المعروف: «لیّ الواجد أو مطله يُحِلَّ عقوبته و عرضَه» و فی آخر «حبسه» المعتضد بما فی النصوص الواردة حول حبس أمير المؤمنين عليه السلام الغريمَ باللیّ و المطل من دون ضرب أو إهانة.

يلاحظ عليه: مضافاً إلی أنّ الوارد من طرقنا هو «لیّ الواجد بالدين يُحِلُّ عرضه و عقوبته» «۱»، أنّ لفظ الواجد منصرف عن هذا النوع من الوجدان. و الظاهر أنّ المراد واجد المال.

دليل القول بالإجبار

استدل للقول الثانی أی الإجبار بالضرب بأنّه مقتضی الأمر بالمعروف.

يلاحظ عليه: أنّه لو تمّ لدلّ علی قول صاحب الرياض من تقديم اللطافة بالرفق ثمّ الإيذاء و الشدّة متدرّجاً من الأُولی إلی الأعلی و أين هو من الابتداء بالضرب؟!

دليل القول بجعله ناكلًا

اشارة

استدل للقول الثالث برواية عبد الرحمن بن أبی عبد الله تارة بصدرها

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، الباب ۸ من أبواب القرض، الحديث ۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۴۴

و أُخری بذيلها.

أمّا الصدر قال: خبّرنی عن الرجل يدعی قِبَل الرجلِ الحقَّ فلم تكن له بيّنة بما له، قال فيمين المدّعی عليه فإن حلف فلا حقّ له. و إن لم يحلف فعليه. «۱»

و قد تقدّم انّ للحديث تفسيرين:

۱- إن لم يحلف المدّعی عليه فعليه «الحقّ»، فضمير المجرور يرجع إلی المدّعی عليه»، و المبتدأ المحذوف، هو الحقّ و عليه لا يحتاج إلی ردّ اليمين بل يقضی بالنكول.

۲- إن لم يحلف المدّعی عليه، فعلی المدّعی اليمين و هذا يدلّ علی عدم كفاية النكول بل يتوقّف علی الردّ إلی المدَّعی.

يلاحظ عليه بوجهين:

أوّلًا: أنّ الصدوق نقل مكان الفقرة الثانية قوله: «و إن ردّ اليمين علی المدّعی فلم يحلف فلاحق». «۲» و علی هذا فلا دلالة للحديث للمقام علی وجه القطع.

و ثانياً: أنّ منصرف الحديث المنكر و لا يعمّ الساكت.

و أمّا الذيل: فقوله: «و لو كان حيّاً لأُلزم اليمين، أو الحقّ، أو يردّ اليمين.

فانّه يدلّ علی أنّه يجب علی المدّعی عليه أحد الأُمور الثلاثة:

۱- اليمين، أو الإلزام بالحق (المدّعی به) أو الإلزام بردّ اليمين، و حيث امتنع الأوّل و الثالث بسكوته، يتعيّن الإلزام بالحقّ هذا كلّه علی أنّ الفعل (يرد) مبنی للفاعل، و إلّا فيتوقف علی ردّ الحاكم اليمين إلی المدّعی.

---

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

(٢) الصدوق، الفقيه: ٣/ ٣٨.

و قد اختاره من المتأخرين السيّد الطباطبائى قال: فإنّه (ذيل الحديث) يدلّ على إلزامه بالحقّ إذا سكت و لم يحلف و لم يردّ بل الظاهر من الموضعين (الصدر و الذيل) من الخبر، الإلزام بالحقّ، بمجرّد عدم الحلف و عدم الردّ من غير حاجة إلى ردّ الحاكم اليمينَ على المدّعى. «١»

يلاحظ عليه: مضافاً إلى انصرافه عن الساكت، أنّه مبنى على تفسير قوله: «بالحقّ» بالذى ادّعى عليه، مع أنّه من المحتمل أنّه يُلْزم بالحقّ الذى اعترف به و يدلّ على ذلك أنّه لو كان المراد منه الحقّ الذى ادّعى عليه يجب تأخيره عن قوله: «يردّ اليمين» لأنّ إلزام القاضى إيّاه بدفع الحقّ إنّما يصحّ إذا لم يحلف و لم يردّ و طبع الحال حينئذ يقتضى أن يقال:

يلزم على المدّعى عليه، إمّا أن يحلف أو يردّ اليمين على المدّعى و إلّا فعليه الحقّ الذى ادّعى عليه، و بعبارة أُخرى: يجب عليه أن يدافع عن نفسه بأحد الحلفين و إلّا فيدفع ما ادّعى عليه مع أنّه ذكر بين الحلفين و هذا يدلّ على أنّ المراد هو الحقّ الذى اعترف به.

و ربّما يستدلّ على هذا القول بأنّ الساكت فى قلبه إمّا مقرّ أو منكر فلو كان مقرّاً فلا إشكال فى إلزامه بالحقّ، و إن كان منكراً فهو بسكوته ممتنع عن الحلف و الردّ فيلزم بالحقّ إذا كان النكول كافياً أو بعد ردّ اليمين إلى المنكر إذا لم يكن الردّ كافياً.

يلاحظ عليه: أنّه إنّما يتمّ لو كان الموضوع هو الأعم من الظاهرى و القلبى فيكون حكم الإقرار و الإنكار القلبيين، حكم الظاهريين منهما و أمّا لو قلنا بأنّ الموضوع هو الظاهرى منهما فيكون الساكت قسماً ثالثاً فلو ثبت للمنكر و المقرّ حكم فلا يثبت للساكت. و بما أنّ العنوان غير محرز و الموضوع غير معلوم فلا يمكن

---

(١) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/ ١٠٣.

القطع بالحكم.

ثمّ إنّه قد يعترض على القول الثالث بأنّه لو اقتضى السكوتُ ردَّ اليمين على المدّعى لاقتضى ذلك فى الصغير و المجنون و الغائب و الميّت و عندئذ يلزم صحّة القضاء على هؤلاء بدون البيّنة و الاكتفاء باليمين المردودة. «١»

يلاحظ عليه: أنّ الفارق وجود النصّ فى الادّعاء على الميّت حيث دلّ على لزوم البيّنة مع يمين المدّعى دون المقام، أضف إليه وجود الفرق بين المقام و الميّت و ما أشبهه و هو أنّ المدّعى عليه فى المقام قادر على الإجابة و لكنّه لا يجيب و هذا بخلاف هؤلاء فإنّهم بين غير قادر كالميّت و الغائب و من لا يترتّب الأثر على جوابه كالصبىّ و المجنون.

و الأولى أن يقال: بعد عدم دليل واضح لواحد من هذه الأقوال إنّ الظاهر تفويض الأمر إلى القاضى فى انتخاب الأُسلوب الناجح فى حمل الساكت إلى التكلّم و هو يختلف حسب اختلاف الظروف و تعيين الطريق الخاصّ فى ذلك المجال لا يلائم أُصول مذهبنا. و ذلك لأنّ الإسلام دين عالمى و خاتم لعامّة الشرائع، فلازم ذلك بيان اللب و ترك القشر و لباس الحكم و كيفية إجرائه على مقتضى الزمان، و ربّما يقتضى الورود من باب اللطف و أُخرى من باب الخشونة و لكلّ أقسام.

نعم القضاء على الساكت بالنكول أو بعد ردّ اليمين على خلاف القاعدة فيكون منحصراً بمورده و لا يتجاوز عنه إلّا بدليل.

القسم الثانى: السكوت المستند إلى الآفة

إذا كان السكوت لأجل آفة فى المدَّعى عليه من طرش أو خرس قال

(١) الجواهر: ۴٠/ ٢١٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۴۴٧

المحقّق: «تُوصل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفيدة لليقين» أى اليقين بكونه مقرّاً أو منكراً.

وجهه: انّ اشارته قائمة مقام اللفظ لغير ذوى الآفة و لا يصحّ القضاء فى غير ذوى الآفة إلّا بعد القطع بالمراد من كلامهم و لا يكفى الظنّ به و المقصود من القطع بالمراد، هو المراد الاستعمالى منه، لا- المراد الجدىّ إذ ليس للّفظ دور، سوى الدلالة على المراد الاستعمالى، لا- المراد الجدّى إذ الوقوف عليه على عاتق سائر الأُصول و القرائن و لذلك ذهبنا فى الأُصول عند البحث عن حجّية الظواهر إلى أنّ دلالتها على المراد الاستعمالى قطعية لا ظنّية و المجمل و المتشابه خارجان موضوعاً عن الظواهر و التفصيل فى محلّه.

و بذلك يعلم عدم تمامية ما أفاده صاحب الجواهر من إلحاق إشارة الأخرس باللفظ الذى يكتفى بالظن بالمراد منه. «١»

قال المحقّق: «و لو استغلقت إشارته بحيث يحتاج إلى المترجم لم يكف الواحد و افتقر فى الشهادة بإشارته إلى مترجمين عدلين» و ما ذكره مبنىّ على أنّ الترجمة من باب الشهادة لكن متلقّى العرف غير ذلك بل يراه نقلًا لكلام الغير فيعتبر أن يكون عارفاً بلسانه و ثقة كالوسائط الواردة فى أسانيد الحديث. نعم لا يكون قول المترجم حجّة إلّا إذا ادّعى القطع بالمراد من الإشارة.

الجواب بلا أدرى و لا أعلم

إذا أجاب المدّعى عليه بقوله: «لا أدرى» و هو بظاهره قسم رابع من الجواب، ليس إقراراً و لا إنكاراً و لا سكوتاً بل يدّعى عدم العلم بصحّة ما يدّعيه المدّعى.

و أمّا الأقوال فلا تتجاوز عن أربعة:

١- إنّه منكر و يحلف بعدم العلم يظهر من المحقّق الأردبيلى، حيث

(١) النجفى، الجواهر: ۴٠/ ٢١١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۴۴٨

قال: و يحتمل الاكتفاء فى الإسقاط، بيمينه على عدم علمه بذلك للأصل و عدم ثبوت ما تقدّم و التأمّل فيه، فتأمّل. «١» و صرّح صاحب الجواهر و قال: فهو منكر، ضرورة عدم كونه إقراراً، كضرورة عدم كونه سكوتاً فليس إلّا الإنكار. «٢»

٢- يعامل معه معاملة الناكل فيؤخذ منه الحقّ مطلقاً، أو بعد ردّ اليمين إلى المدّعى و حلفِه و إن لم يردّ، فالحاكم يردُّها لأنّه ولى الممتنع ذكره الأردبيلى و قال: لو قال المنكر: إنّى ما أحلف على عدمه فانّى ما أعلم بل أحلف على عدم علمى بثبوت حقّك فى ذمّتى، لا يكفى، بل يؤخذ بالحقّ بمجرّد ذلك حينئذ، إن قيل بالقضاء بالنكول أو بعد ردّ اليمين على المدّعى إن لم نقل به «٣» و هو خيرة المحقّق الآشتيانى و قال: الذى يظهر من الأكثر حتّى من كثير ممن يقول بالقضاء بالنكول، القضاء عليه بعد ردِّ اليمين إلى المدّعى إمّا من المدّعى عليه أو من الحاكم بعد امتناعه من الردّ، من غير أن يكتفى عنه بالحلف على نفى العلم من دون ادّعاء العلم عليه. «۴»

٣- إيقاف الدعوى إن لم يدّع عليه العلم و إلّا فيجب عليه اليمين على نفى العلم بمثل ما حكموا فى الدعوى على فعل الغير كالدعوى على الوارث و غيره و هو خيرة السيّد الطباطبائى فى ملحقات العروة. «۵»

۴- يحلف على نفى الاستحقاق لا- على نفى علمه به نظراً إلى الأصل و هو مبنى على جواز الحلف اعتماداً على الأصل، كالشهادة و

الحلف استناداً إلى اليد، و لكن الفرق بين الأصل و الأمارة واضح و القياس بجامع وجود الحجّة باطل.

هذه هى الوجوه المذكورة فى كلماتهم و لندرس بعضها:

---

(١) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ١٢/ ١٩١.

(٢) النجفى، الجواهر: ٤٠/ ٢١٢.

(٣) الأردبيلى، مجمع الفائدة: ١٢/ ١٩١.

(۴) الآشتيانى، القضاء: ١۵۴.

(۵) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/ ١٠۴، الفصل الثامن، المسألة ۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۴۴٩

أمّا الوجه الأوّل فقد حاول صاحب الجواهر إدخال هذا القسم تحت عنوان المنكر و حاصل ما أفاده بتوضيح منّا: أنّه بالإضافة إلى الواقع و إن لم يكن منكراً لعدم علمه به و لكنّه بالإضافة إلى استحقاق المدّعى فعلًا، منكر له لأنّ الاستحقاق الفعلى فرع العلم، و المفروض عدمه و بذلك يكون منكراً لا- يتوجّه إليه إلّا اليمين لموافقته الأصل و غيره و أمّا ما يظهر من الأصحاب من اعتبار الحلف على البتّ فهو منزّل على الصورة الغالبة و الشاهد عليه أنّه قد يحلف على عدم العلم نحو يمين الوارث بالنسبة إلى ديون الميّت.

يلاحظ عليه: أنّه يجب أن يتوارد الادّعاء و الإنكار على شىء واحد. حتّى يقال إنّه مدّع لما ينكره الآخر و على هذا فإن ادّعى المدّعى علم الآخر بالدين فعندئذ يتواردان على موضوع فهو مدّع لما ينكره الآخر، فيكون منكراً حقيقة فيحلف على عدم العلم و إلّا فيردّها إلى المدّعى، أو يردّها الحاكم. و يترتّب عليه كل ما يترتّب على الحلف من الآثار المذكورة، فيما سبق من عدم سماع البيّنة بعد الحلف، أو عدم جواز التقاصّ من ماله أو تجديد المحاكمة ممّا مرّ.

و على ذلك إذا كان متعلّق الادّعاء و الإنكار، هو العلم و عدمه يكون المدّعى عليه منكراً حقيقة، لا تأويلًا و لا بملاحظة انّه ينكر الاستحقاق الفعلى كما ارتكبه صاحب الجواهر. و بالجملة فهذا القسم من المسألة يعمّه ما دلّ على أنّ البيّنة على المدّعى و اليمين على من أنكر و إنّما الكلام فى القسم الآتى أعنى إذا صدّقه فى عدم علمه بالواقع أو سكت عنه. فالادّعاء و الإنكار لا يتواردان على موضع واحد. فالمدّعى يدّعى كونه مديوناً فى الواقع، و المدّعى عليه، يدّعى عدم علمه به و أمّا الواقع فهو لا يثبته و لا ينكره فيكف يدخل فى عداد المنكرين. و يترتّب عليه أثر المنكر.

و بالجملة ما اختاره صحيح فيما ادّعى عليه العلم بالواقع لاما إذا وافقه فى عدم العلم أو لم يذكر فيه شيئاً و على هذا فلا يتوجّه إليه الحلف، و لا يصحّ له

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۴۵٠

الردّ، لعدم تمكنه منه حتّى يرد، فلا محيص عن إيقاف الدعوى حتّى يأتى بالبيّنة كما سيوافيك فى البحث الثانى.

و أمّا الوجه الثانى أى إجراء حكم النكول عليه و هو الذى ذكره المحقّق الأردبيلى و اختاره الآشتيانى فهو غير تامّ بوجهين:

١- إنّ التفصيل فى الحديث النبوىّ قاطع للشركة و عليه، فوظيفة المدّعى، البيّنة و واجب المنكر هو اليمين، و قيام يمين المدّعى منزلة بيّنته، يردّه التفصيل القاطع للشركة، فلا يعدل عنه إلّا بدليل، كما فى غير هذا المورد.

٢- إنّ الظاهر من روايات ردّ اليمين، هو الردّ إذا أمكن له الحلف و بعبارة أُخرى إذا كان مخيّراً بين الأمرين: الحلف و الردّ، و أمّا إذا لم يتمكّن من الحلف، فلا و المقام من هذا القبيل فإنّه لأجل عدم علمه، ممنوع من الحلف فكيف يكون مجازاً فى الردّ، نعم لا بأس به إذا ادّعى عليه العلم بالواقع و هو ينكره، فإنّ الحكم فيه لا يفترق عن سائر الموارد.

و الذى ينبغى أن يقال و ربّما يستفاد ممّا سبق هو أنّه إذا ادّعى عليه العلم بالدين و هو ينكره، ينطبق عليه أصل المدّعى و المنكر، فلو

حلف، و إلّا يردّ اليمين على المدّعى، أو ينوب عنه الحاكم إذا امتنع.

و أمّا إذا صدّقه فى عدم العلم أو شكّ فى صدقه و كذبه، فلا مجال للحلف، لاتّفاقهما على أنّه لا علم له بالواقع و مع التسليم، لا موضوع للحلف، فتكون الدعوى غير مسموعة، و يُلف الملَفّ إلى أن يأتى بالبيّنة. و يؤيده بعض الروايات:

١- صحيحة عبد العزيز بن المهتدى «١» سألت الرضا عليه السلام قلت: جعلت فداك أنّ أخى مات و تزوجتُ امرأته فجاء عمّى فادّعى أنّه كان تزوّجها سرّاً فسألتها عن ذلك فأنكرت أشدَّ الإنكار و قالت ما كان بينى و بينه شيء، فقال:

---

(١) قال النجاشي: عبد العزيز المهتدى الأشعرى القمى ثقة روى عن الرضا عليه السلام له كتاب.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۴۵۱

«يلزمك إقرارها، و يلزمه إنكارها». «١»

٢- صحيح زرعة بن محمّد، عن سماعة قال: سألته عن رجل تزوّج جارية أو تمتّع بها فحدّثه رجل ثقة أو غير ثقة فقال: إنّ هذه امرأتى و ليس لى بيّنة فقال: «إن كان ثقة فلا يقربها، و إن كان غير ثقة فلا يقبل منه». ٢

٣- خبر يونس قال: سألته عن رجل تزوّج امرأة فى بلد من البلدان فسألها، لك زوج؟ فقالت: لا فتزوّجها ثمّ إنّ رجلًا أتاه فقال: هى امرأتى فأنكرت المرأة ذلك، ما يلزم الزوج؟ فقال: «هى امرأته إلّا أن يقيم البيّنة». ٣

وجه الاستدلال بهذه الروايات أنّ الزوجة و إن كانت منكرة على وجه البتّ، و لكن الزوج غير عالم بالواقع فلم يُكلَّف بشيء من اليمين. هذا و تمام الكلام يأتى فى البحث الثانى عند البحث عن يمين المنكر و المدّعى.

إذا كان متعلّق الدعوى عيناً

هذا كلّه إذا كان متعلّق الدعوى ديناً و أمّا إذا كان متعلّقه عيناً فى يده منتقلة إليه بشراء أو إرث من ذى يد متصرّف فيها بدعوى الملكية. فإنّ للمسألة صورتين:

الأُولى: أن يذكر مصدرَ مالكيته و أنّه اشتراه من زيد أو اتّهبه منه أو ورثه من مورِّثه إلى غير ذلك من أسباب النقل ففى مثله يحلف على عدم كون المدّعى مالكاً اعتماداً على يد من انتقلت منه إليه. و يدلّ عليه خبر حفص بن غياث الدال على جواز الحلف على مالكية ذى اليد. روى حفص بن غياث عن أبى عبد الله عليه السلام أنّه قال: له رجل: إذا رأيت شيئاً فى يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنّه له؟ قال: «نعم»، قال الرجل: اشهد أنّه فى يده، و لا أشهد انّه له فلعلّه لغيره فقال أبو عبد الله عليه السلام: «أ فيحلّ الشراء منه؟» قال: نعم فقال أبو عبد الله عليه السلام: «فلعلّه لغيره من أين جاز

---

(١) ١ و ٢ و ٣ الوسائل: الجزء ١۴، الباب ٢٣ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد، الحديث ٣١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۴۵٢

لك أن تشتريه و يصير ملكاً لك ثمّ تقول بعد الملك هو لى و تحلف عليه، و لا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك» ثمّ قال أبو عبد الله: «لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق». «١»

فقوله: «تقول بعد الملك هو لى و تحلف عليه» يدلّ على جواز الحلف على الملك إذا كان تحت اليد. غاية الأمر انّه إذا ادّعى المدّعى أنّه له، يحلف على أنّه ليس له، لا- أنّه له، حفظاً لوحدة الموضوع فى الادّعاء و الإنكار. و يتوارد النفى و الإثبات على مكان واحد.

الثانية: إذا كانت فى يده و لم يذكر مبدأ مالكيته، و أنّها له فعلًا أو لا، بل يرى نفسه مستولياً على العين فله أيضاً أن يحلف على عدم

كونه ملكاً للغير أخذاً بإطلاق الخبر. نعم استشكل النراقى فى المستند فى جواز الحلف قائلًا بأنّه يشترط فى دلالة اليد على الملكية عدم اعتراف ذيها بعدم علمه بأنّه له أو لا. «۲»

أقول: لا ـ دليل على هـذا الشـرط و إطلاق قوله: «و من اسـتولى على شـيء منه فهو له» «۳» و غيره من روايات حجّيـة اليد، يشـمل هذه الصورة و إنّما ذهب المحقّق النراقى إلى هـذا الشـرط فى العوائد «۴» مسـتدلًا بالانصراف و بروايات أهمل الإمام فيها اليد، و لم يترتّب عليه الأـثر و لكن الانصـراف مع كثرة الابتلاـء به ممنوع، و أمّـا الروايـات التى اسـتدل بها، فهى واردة فى المنازل التى يتردّد عليه، غير المالك كثيراً كبيوت مكّة، و الصـندوق الذى، يدخل يد غيره فيه و لو بوضع شـيء فيه أمانة و لا يعمّ ما ليس كذلك. و قد أوضـحنا حال هذه الروايات فى الأُصول عند البحث عن قاعدة اليد فلاحظ. «۵»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲.

(۲) النراقى، المستند: ۲/ ۵۳۷.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۷، الباب ۸ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ۳.

(۴) النراقى، العوائد: ۲۵۸.

(۵) المحصول فى علم الأُصول: ۴/ ۲۷۸۲۷۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۵۳

مسائل فى الحكم على الغائب

المسألة الأُولى: إذا حضر الخصمان و ترافعا عند القاضى و تمّ الترافع و لكن أخّر القاضى الحكمَ إلى موعد آخر

فحضـر أحـد المتخاصـمين دون الآخر، فانّه يجوز الحكم على الغائب بلا خلاف لتمامية موازين القضاء و التأخير فى الحكم لا يحدث شيئاً.

إنّمـا الكلاـم إذا رفع أحـد الخصـمين الخصومَـة إلى القاضـى دون الآـخر، و أقـام بيّنـة فلا شك أنّه يجوز الحكم فى الجملـة و إليك كلماتهم:

۱- قـال الشـيخ فى الخلاـف: القضاء على الغائب جائز و به قال الشافعى و مالك و الأوزاعى و الليث بن سـعد و ابن شبرمـة، و قال ابن شبرمة: أحكمُ عليه و لو كان خلف حائط و به قال أحمد و اسـحاق، و قال الثورى و أبو حنيفة و أصـحابه: لا يجوز القضاء على الغائب حتّى يتعلّق الحكم بخصم حاضـر شـريك أو وكيل له و الحاكم عنـدهم يقول: حكمت عليه بعد أن ادّعى على خصم ساغ له الدعوى عليه.

و تحقيق هذا، أنّ القضاء على الغائب جائز بلا خلاف و لكن هل يصحّ مطلقاً من غير أن يتعلّق بخصم حاضـر أم لا؟ عندنا يجوز مطلقاً و عندهم لا يجوز مطلقاً حتّى قال أبو حنيفة: من ادّعى على عشـرة، واحد حاضـر و تسـعة غُيّب و أقام البيّنة قضـى على الحاضـر و على غيره من الغائبين.

ثمّ اسـتدل الشـيخ مضافاً إلى الأخبار المروية عن أئمّة أهل البيت عليهم السَّلام بما روى أبو موسـى الأشعرى قال: إذا حضر عند رسول اللّه صلَّى الله عليه و آله و سلَّم خصمان فتواعدا لموعد فوفى أحدهما و لم يف الآخر قضى للذى وفى، على الذى لم يف. و معلوم أنّه ما قضى عليه بدعواه، ثبت أنّه قضى عليه بالبيّنة. «۱»

(۱) الطوسی: الخلاف، کتاب القضاء، المسألة ۳۸.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۵۴

۲ و قال الشیخ فی المبسوط: إذا حضر رجل عند الحاکم فادّعی علی غائب حقّاً سمع الحاکم دعواه لجواز صدقه فیما یدّعیه کما لو کان حاضراً فإن أقام البیّنة بما یدّعیه سمعها الحاکم إلی أن قال: فأمّا إن سأله أن یقضی له علی هذا الغائب بما ثبت عنده، أجابه إلی ذلک بعد أن یستحلفه عن حقّه الذی شهد الشاهدان أنّه ثابت إلی وقتنا هذا فإذا حلف حکم علیه و کتب به کتاباً و هکذا قولهم فی القضاء علی الصبی و المجنون و المیّت و الکل واحد. لأنّ کلّ واحد لا یعبر عن نفسه إلی أن قال: و أمّا إن کان حاضراً فی البلد غیر ممتنع من الحضور فهل له أن یقضی علیه و هو غائب عن مجلس الحکم أم لا؟ قال قوم: له ذلک لأنّه غائب عن مجلس الحکم و الصحیح أنّه لا یُقضی علیه لأنّه مقدور علی إحضاره و القضاء علی الغائب إنّما جاز لموضع الحاجة و تعذّر إحضاره فالقضاء علی الغائب یجوز عندنا فی الجملة و عند جماعة. «۱»

۳- و قال ابن البرّاج: «و إن کان (المستعدی علیه) غائباً فی غیر ولایته، مثل أن یکون الحاکم ببغداد فغاب إلی البصرة، و هی فی غیر ولایته فإنّه یقضی علی غائب». «۲»

۴- و قال ابن حمزة: «إذا ادّعی المدّعی علی حاضر یعبر عن نفسه أو علی غائب أو میّت أو حاضر لا یعبر عن نفسه مثل المولّی علیه فالأوّل قد ذکر حکمه و الثانی یحکم له بشرطین إقامة بیّنة عادلة الخ». «۳»

۵- و علی ذلک تضافرت الفتوی غیر أنّ ابن سعید، شرط کون الغائب فی مسافة تقصّر فیه الصلاة قال: و یجوز الحکم علی الغائب (و حدّ الغیبة ما یقصر فی مثله) من غیر وکیل حاضر و یحلف خصمه مع البیّنة. «۴»

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۶۲، باب القضاء علی الغائب.

(۲) ابن البرّاج، المهذّب: ۲/ ۵۸۴.

(۳) ابن حمزة، الوسیلة: ۲۱۴.

(۴) ابن سعید، الجامع للشرائع: ۲۷.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۵۵

۶ و قال المحقّق: یُقضی علی من غاب عن مجلس القضاء مطلقاً مسافراً کان أو حاضراً و قیل یعتبر فی الحاضر تعذّر حضوره مجلس الحکم. «۱» و القائل هو الشیخ و تقدم کلامه فی المبسوط و نسب إلی تعلیق الإرشاد.

تبریزی، جعفر سبحانی، نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء؛ ج ۱، ص: ۴۵۵

۷- و قال الشهید الثانی: «مذهب أصحابنا جواز القضاء علی الغائب فی الجملة و هو مذهب أکثر العامة کالشافعی و مالک و أحمد و جماعة من الفقهاء و خالف فیه أبو حنیفة إلّا أن یتعلّق بخصم حاضر کشریک أو وکیل و الحجّة علی جوازه فعل النبیّ و هو حجّة کقوله فی الخبر المستفیض عنه أنّه قال لهند زوجة أبی سفیان الخ». «۲»

فتلخّص أنّ الأقوال بین أهل السنّة، لا تتجاوز عن اثنین فغیر الاحناف یقول بالجواز مطلقاً، و هؤلاء لا یجوزون مطلقاً، إلّا إذا حضر فی المحکمة من یتعلّق بالخصم کالوکیل أو واحد من المدّعی علیهم و أمّا أقوال أصحابنا فهی ثلاثة:

۱- یجوز الحکم علی الغائب عن مجلس الحکم مطلقاً، سواء کان مسافراً أم حاضراً فی البلد، أمکن إحضاره أم تعذّر و هو المشهور.

۲- يجوز إذا كان الغائب فى مسافة تقصر فيها الصلاة و هو قول ابن سعيد.

۳- يجوز مطلقاً سواء كان الغائب عن مجلس الحكم، مسافراً أم حاضراً فى البلد و لكن تعذّر حضور الحاضر فيه فى مجلس الحكم و هو كلام الشيخ فى المبسوط.

أقول: ما اعتمد عليه الشيخ فى الخلاف من حديثى امرأة أبى سفيان و أبى موسى الأشعرى، غير تامى الدلالة و لو افترضنا صحّة سندهما.

أمّا الأوّل فقد أجاب النبىّ عن مسألة فقهية من دون أن يكون هنا نزاع و قضاء و أنّه يجوز للزوجة أن تأخذ من مال زوجها و أما أنّ زوجته هل كانت صادقة

(۱) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۸۶.

(۲) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۱۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۵۶

أو لا، و هل كانت لها بيّنة أو لا؟ فلم يكن هذا الأمر مطروحاً فى زمن السؤال فالاستدلال به على مورد القضاء غير صحيح.

و أمّا ما رواه أبو موسى فمن المحتمل أنّ الخصمين حضرا عند النبىّ مرّة، و أنّ النبى سمع كلامهما و أقام المدّعى البيّنة غير أنّ النبىّ أخّر إصدار الحكم إلى موعد آخر، و مثل هذا لا يكون دليلًا لما لم يحضر أحد الخصمين مطلقاً عند القاضى. فانحصر الدليل لما روى من طريقنا و هو: صحيح جميل عن محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيّنة و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجّته إذا قدم و لا يدفع المال إلى الذى أقام البيّنة إلا بكفلاء» «۱» و هذه هى الحجّة الفريدة فى المسألة و لكن تجب دراسة مقدار دلالتها على الجواز لكن بعد ملاحظة أمر، و هو:

أنّ القضاء كان أمراً دارجاً بين العقلاء قبل الإسلام و بعده و الأمر به فى الروايات منصرفة إلى الصورة الدارجة بينهم و من المعلوم أنّ القضاء نوع اجتهاد من القاضى فى تشخيص الحقّ و هو فرع سماع كلام المتخاصمين عن كثب، ثمّ الاجتهاد فى الوصول إلى الحقّ و هو لا- يتحقق إلّا بحضورهما عند القاضى و الإدلاء بحجّتهما. هذا من جانب، و من جانب آخر، ربّما تقضى الضرورةُ القضاءَ على الغائب و لو أخّر القاضى القضاء يكون هناك ضرر على المترافع أضف إلى ذلك أنّه لو كانت الغيبة مسوِّغة لإيقاف القضاء، لسلك المتخلّف هذا الطريق و غاب عن أعين القاضى.

و مقتضى الجمع بين الأمرين هو الأخذ بالقول الوسط الذى لا تتجاوز عنه صحيحة جميل عن محمّد بن مسلم فإنّ قوله: «و يكون الغائب على حجّته إذا قدم» ظاهر فى أنّ الخصم الآخر كان مسافراً و غائباً من البلد، لا حاضراً فيقتصر على الغائب عن البلد و من الغائب من تطول غيبته، بحيث يؤدى

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۶ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۵۷

تأخير الحكم إلى تضرّر المدّعى فيحكم عليه بأخذ الكفيل كما فى الرواية إذ من المحتمل أن يكون للمنكر حجّة فى الخروج عن الدين المدّعى عليه، فمقتضى الجمع بين الحقّين، هو الدفع من ماله بشرط أخذ الضامن.

و يلحق بالمسافر، مجهول المكان، أو الحاضر المتوارى فى بيوت البلد الهارب من القضاء عليه، بإلغاء الخصوصية و أمّا الغائب الذى سيعود إلى البلد، أو الحاضر المستعدّ للحضور عند القضاء فلا تعمّه الروايات لا دلالة و لا ملاكاً و ما قاله ابن شبرمة من أنّه يحكم على الغائب و إن كان خلف حائط فليس بشىء و لعل خيرة الشيخ فى المبسوط أقرب من جميع الأقوال و الأقرب منه ما ذكرناه.

و الفرق بین ما ذکره فی المبسوط و ما ذکرناه هو أنّه إن جوَّز فی المسافر مطلقاً و فی الحاضر إذا تعذّر، و نحن نخص الجواز بالمسافر الذی تطول غیبته بحیث تورث الضرر علی المدّعی.

و لعلّ ما روی عن أبی البختری عن علی «لا یقضی علی غائب» «۱» محمول علی من لا تطول غیبته، أو یسهل إعلامه للحضور.

ثمّ إنّ موضع النصوص ما إذا کان هناک جحود و إنکار و أمّا لو کان هناک اعتراف بکونه مـدیوناً، فلا موضوع للقضاء فلیس علیه إلّا الصبر إلّا إذا کان ضرریّاً أو حرجیاً، فیرجع إلی الحاکم و هو یقوم بواجبه.

و فی نهایـة المطـاف نقول: ربّمـا یسـتدلّ فی المقـام بصـحیحة زرارة عن أبی جعفر علیه السـلام قـال: «کان علی علیه السـلام یقول: لا یحبس فی السـجن إلّا ثلاثة: الغاصب و من أکل مال الیتیم ظلماً و من ائتمن علی أمانة فذهب بها و إن وجد له شـیئاً باعه غائباً کان أو شاهداً». ۲ و لا صـلة لها بما نحن فیه. إذ لا نزاع فیها بین الشخصـین و قد ثبت الموضوع لدی القاضـی بنحو من الأنحاء و لعلّهما ترافعا إلیه و حکم علی

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۶ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۵۸

المدّعی علیه بشهادة أنّه سجنه و عندئذ یجوز بیع ماله و هو فی السجن.

المسألة الثانیة: یقضی علی الغائب فی حقوق الناس دون حقوق الله

اشارة

یظهر من کلام غیر واحد من الأصحاب من أنّ القضاء علی الغائب مختصّ بحقوق الناس و لا یعمّ حقوق الله. قال المحقّق: یُقضی علی الغـائب فی حقـوق النـاس کالـدیون و العقـود و لاـ یقضـی فی حقـوق الله کالزنـا و اللواط. و علّله المحقّق بـأنّ الأُولی غیر مبنیّـة علی التخفیف بخلاف الثانیة.

أقول: هنا بحثان:

الأوّل: فی عموم الحکم لمطلق حقوق الناس.

الثانی: ما هو الوجه لعدم شموله لحقوق الله؟

أمّا الأوّل، فنقول الحکم علی الغائب علی خلاف الأصل فیقتصـر علی موضع النصّ و هو الدیون. حیث قال: «یقضـی عنه دینه» فإسـراء الحکم إلی مطلق حقوق النـاس مثلًا إذا أقام البیّنـة علی أنّ رجوعه إلی زوجته المطلّقـة کان فی أیام العـدّة، أو أنّ المال المعیّن عنـده رهن للـدین المحرز، یحتـاج إلی دلیـل و لیس إلّا ادّعاء إلغاء الخصوصـیة بین الـدین و سائر الحقوق فلو ساعـده العرف و إلّا فللتوقّف مجال.

و أمّا عدم شمولها لحقوق الله کالحدود، فلیس الوجه ما ذکره المحقّق و أوضحه صاحب المسالک و غیره من أنّ حقوق الله مبنیة علی التخفیف، و ذلک لأنّ ابتنائها علیه لا یدلّ علی الإغماض إذا ثبتت حسب الموازین کما فی صورة إقامة البیّنة علیها، بل الوجه ما ذکرنا من اختصاص الدلیل بحقوق الناس، کما عرفت.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۵۹

نعم عـدّ الزنا و اللواط من حقوق الله مطلقاً قابل للتأمّل بل ربّما یکون من حقوق الناس کما إذا ادّعت المرأة أنّ رجلًا زنا بها عن عنف أو ادّعی ولی الصغیرة انّ رجلًا زنا بها فیأتی ما ذکره الأصحاب فی مثل السرقة.

إذا كان الحكم مشتملًا على حقّين

قال المحقّق: و لو اشتمل الحكم على الحقّين قُضى بما يخصّ الناس كالسرقة يقضى بالغرم و فى القضاء بالقطع تردّد «١» و لكن غيره لم يتردّد فى عدم الثبوت قال فى المسالك: و باقى الأصحاب قطعوا بالفرق و انتفاء القطع نظراً إلى وجود المانع من الحكم بأحدهما دون الآخر. «٢»

و التعبير بوجود المانع غير جيّد بل الأولى التحليل بفقد المقتضى، لما عرفت من عدم الدليل.

و لعلّ وجه تردّد المحقّق فى التفريق بين الغرم و القطع لأجل أنّهما معلولا علّة واحدة و هو ثبوت السرقة و المفروض ثبوتها فلا وجه للتبعيض.

و ربّما يجاب عنه بأنّ العلل الشرعية معرّفات لا ـ علل حقيقيه و هو و إن كان صحيحاً، لكنّه لا يدفع الإشكال لأنّه إذا جعل شىء موضوعاً للحكمين فإثبات أحدهما دون الآخر، يرجع إلى التناقض فى الاعتبار و هو لا يصدر عن العاقل.

و الأولى أن يقال: إنّ وجود الدليل فى القضاء على الغائب فى حقوق الناس دون غيرها يكشف عن كون الموضوع للغرم هو ثبوت السرقة و للقطع هو الثبوت بحضور المدّعى عليه، فليس الموضوع واحداً.

---

(١) نجم الدين الحلى، شرائع الإسلام: ۴/ ٨۶.

(٢) زين الدين العاملى، المسالک: ٢/ ۴١٢.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج١، ص: ۴۶٠

المسألة الثالثة: لو كان صاحب الحقّ غائباً، و له وكيل فطالب الوكيل الغريمَ فادّعى الغريمُ التسليمَ إلى نفس الموكّل

فلو أقام البيّنة على التسليم فلا كلام، إنّما الكلام إذا ادّعى التسليم و ليست له بيّنة قال المحقّق ففى الإلزام تردّد.

١- الوقوف فى الحكم، لاحتمال الأداء.

٢- الحكم و إلغاء دعواه لأنّ التوقّف فى الحكم يؤدّى إلى تعذّر طلب الحقوق بالوكلاء.

ثمّ قال المحقّق: و الأوّل أشبه و الظاهر أنّ مراده من الأوّل هو أوّل الوجهين فينطبق على التوقف فى الحكم، لكن صاحب المسالک و تبعه صاحب الجواهر فسّره بالإلزام الوارد فى قوله: ففى الإلزام، لكنّه خلاف الظاهر.

و لا بدّ من فرض المسألة فيما إذا كان وكيلًا فى إقامة الدعوى و إلّا فليس له ذلک الحقّ.

و الظاهر: أنّ الوجه الثانى فى كلامه أشبه و ذلک لأنّ الوكيل فى إقامة الدعوى بمنزلة نفس الموكّل، فكما أنّه لا يسمع الدفع إليه بعد الاعتراف بأصل الدين، فهكذا المقام. و على ذلک فغاية الأمر أنّ لمدّعى الدفع، حلفاً على الوكيل و حلفاً على الموكّل. أمّا الأوّل فإن ادّعى علم الوكيل بالدفع و انكر، يحلّف الوكيل على عدم العلم، و إلّا فيسقط إحلافه لاتّفاقهما على عدم علمه بالدفع. و أمّا الثانى فهو ما إذا جاء فإن اعترف بالأخذ يرجع الدافع إلى الوكيل و إن أنكر و حلف، فهو و إن نكل عن اليمين أو أقام الدافع البيّنة استعيد المال.

و الأحوط أخذ الضامن عند الدفع إلى الوكيل كما مرّ فى الدعوى على الغائب لوحدة الملاک و إن كانت المسألتان مختلفتين موضوعاً لأنّ الغائب فيما سبق من عليه الحكم و فى هذه المسألة من له الحكم و لكن الملاک واحد.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج١، ص: ۴۶١

المقصد الرابع: فى كيفيّة الاستحلاف

اشارة

و فیه بحوث ثلاثة:

البحث الأوّل: فی الیمین و أحکامها

و قبل الخوض فی المقصود نذکر أقسام الیمین الوارد فی الکتاب و السنّة:

الأوّل: الیمین لجلب تصدیق المخاطب لما یقوله الحالف

کأن یقول: «و الله کان الأمر کذا و کذا».

الثانی: الحلف علی فعل شیء أو ترکه

کأن یقول: و الله لأفعلنّ کذا أو لا أفعلنّ کذا.

الثالث: الیمین اللغو و هو الذی لا یقصد صاحبه منها شیئاً

کقوله: لا و الله بلی و الله.

الرابع: الحلف فی مقام المرافعة.

اشارة

و تحقیق الکلام یتوقّف علی البحث فی مقامین:

۱- حکم الحلف بغیر الله تکلیفاً فی المواضع الأربعة.

۲- حکم الحلف بغیر الله وضعاً أی فی إیجاب الحقّ و إسقاطه.

و إن کان البحث عن المقام الأوّل فی کلمات الأصحاب جانبیاً، غیر أنّ المحقّق النراقی، طرحه مستقلًا، کما بحث عنه الآشتیانی کذلک أمّا الأوّل فلنذکر کلمات الفقهاء.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴۶۲

المقام الأوّل: حکم الحلف بغیر الله تکلیفاً

اشارة

أمّا فقهاء أهل السنّة فالمعروف بینهم هو الکراهة إلّا الحنابلة فإنّهم یذهبون إلی الحرمة. قالوا:

«لا ينعقـد اليمين بغير الله تعالى كالحلف بالنبىّ و الكعبة و جبريل و الولىّ و إذا قصد الحالف بذلك إشـراك غير الله معه فى التعظيم، كان ذلك شـركاً، و إذا قصـد الاسـتهانة بالحلف بالنبىّ كفر، أمّا إذا لم يقصد شـيئاً من ذلك، بل قصد اليمين ففى حكمه تفصـيل فى المذاهب».

الحنفية قالوا: يكره الحلف بنحو أبيك و لعمرك و نحو ذلك.

الشافعية قالوا: يكره الحلف بغير الله تعالى، إذا لم يقصد شيئاً ممّا ذكر.

المالكية قالوا: الحلف بمعظم كالنبى و الكعبة و نحوهما فيه قولان: الحرمة و الكراهة، و المشهور الحرمة.

و قال الحنابلة: و يحرم الحلف بغير الله تعالى و صفاته و لو نبىّ أو ولى. «۱»

و قال القسـطلانى: المشـهور عنـد المالكيـة الكراهـة و عند الحنابلة التحريم و جمهور الشافعية أنّه للتنزيه و قال إمام الحرمين: المذهب القطع بالكراهـة و قـال: غيره بالتفصـيل، فإن اعتقـد فيه من التعظيم ما يعتقـده فى الله، حرم و كفر بـذلك الاعتقاد، و إن حلف لاعتقاد تعظيم المحلوف به على ما يليق به من التعظيم فلا يكفر. «۲»

و أمّا فقهاء الشيعة فقد اختلفت كلماتهم فى الجواز و المنع و إليك بعض نصوصهم:

قال الشيخ فى المبسوط: تكره اليمين بغير الله كاليمين بالمخلوقات: النبى،

---

(۱) الفقه على المذاهب الأربعة: ۱، كتاب اليمين، ص ۷۵.

(۲) القسطلانى: إرشاد السارى، الجزء التاسع، ص ۳۵۸.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۶۳

و الكعبة و نحوها و كذلك بالآباء كقوله: و حقّ أبى، و حقّ آبائى و نحو ذلك كلّ ذلك مكروه.

و روى أنّ النبى صلَّى الله عليه و آله و سلَّم قال: «لا تحلفوا بآبائكم و لا بالأنداد، و لا تحلفوا إلّا بالله و لا تحلفوا إلّا و أنتم صادقون».

و روى أنّ النبى صلَّى الله عليه و آله و سلَّم سمع عمر بن الخطاب يحلف بأبيه فقال النبى صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: «إنّ الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم» قال عمر: فوالله ما حلفت بها بعد، ذاكراً و لا أثراً يعنى و لا رواية عن غيرى و حكاية عنه.

و روى عن النبى صلَّى الله عليه و آله و سلَّم: «من حلف بغير الله فقد أشرك و فى بعضها فقد كفر بالله».

و قيل فى قوله: «فقـد أشـرك» تأويلان: أحدهما الشـرك الحقيقى و هو أن يعتقد تعظيم ما يحلف به و يعتقده لازماً كاليمين بالله فمن اعتقد بهذا فقد كفر و التأويل الثانى لا يكفر به و هو أن يشارك فى اليمين فيحلف بغير الله كما يحلف بالله.

و قوله: «فقد كفر» لا تأويل له غير الكفر الحقيقى و أن يعتقد تعظيم ما يحلف به كما يعتقده فى الله تعالى ذكره. «۱»

أقول: الظاهر أنّه لا حاجة إلى التأويلين، أمّا النهى عن الآباء فكانت قضية خارجية كان آباؤهم مشـركين فالحلف بهم، كان تعظيماً للشرك فنهى عنه بقوله: «لا تحلفوا بآبائكم و لا بالأنداد» يريد من الأنداد، الأوثان و الأصنام.

و أمّا النهى عن الحلف بغير الله فالظاهر هو الحلف بالآلهة المكذوبة للعرب فإنّ الحلف بها كاشف عن كون الحالف معتقداً بعظمتها و ليس معنى لها إلّا الاعتقاد بأنّها الآلهة و الأنداد. قال سبحانه: (وَ مِنَ النّاسِ مَنْ يَتَّخِذُ مِنْ دُونِ اللّهِ

---

(۱) الطوسى، المبسوط: ۶، كتاب الإيمان، ص ۱۹۲۱۹۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۶۴

أَنْداداً يُحِبُّونَهُمْ كَحُبِّ اللّهِ) (البقرة/ ۱۶۵). «۱»

و على كلّ تقدير فحكم الحلف بغير الله عند الشيخ هو الكراهة كما صرّح به فى بدء كلامه.

۲- قـال المفيـد: و لاـ يجوز أن يحلف الإنسان برسول الله و لا بأمير المؤمنين و لا بأحـد من الأئمّـة فإن حلف بواحـد ممّن ذكرناه فقد أخطأ و عليه أن يفى بما حلف إلّا أن يكون باطلًا أو غيره أفضل منه و إن لم يف فليستغفر الله عزّ و جلّ و لا كفارة عليه. «۲»

۳- قال ابن البرّاج: اليمين الشـرعيّة عنـد أهل بيت رسول الله لا تكون إلّا بالله أو بأحد أسـمائه و كلّ يمين كانت بغير ما ذكرناه فليسـت يميناً صـحيحة و لا يسـتقرّ لها حكم من حنث و لا كفارة فلو حلف بالنبى أو بالكعبـة أو بما أشـبه ذلك من المخلوقات كلّه أو بالبراءة من الله تعالى أو من النبيّ أو الأئمّة أو أحدهم أو من القرآن أو ما يجرى مجرى ذلك لم يكن يميناً صحيحة. «۳»

و كلامه ظاهر فى المقام الثانى أى اليمين لفصل الخصومـة و لعلّ الـذيل دالّ على حكم المقام الأوّل أيضاً أى عدم الحرمة تكليفاً فإنّ نفى الصحّة دليل على الجواز التكليفى، فتأمّل.

۴- قـال يحيى بـن سـعيد: فـإن حلـف بالكعبـة و النبى صـلّى الله عليـه و آله و سـلّم و المسـجد أثم و لم ينعقـد يمينه و كـذلك سـائر المخلوقات. «۴»

۵- و قال المحقّق: و لا يجوز الإحلاف بغير أسـماء الله سبحانه كالكتب المنزّلة و الرسل المعظّمة و الأماكن المشرّفة ... «۵» و هل يريد عدم الاعتداد بالحلف بها و عدم صحّتها و جواز الفعل فى نفسه كما استظهره فى المسالك أو يريد الحرمة التكليفية؟

---

(۱) لاحظ البقرة: ۲۲، إبراهيم: ۳۰، سبأ: ۳۳، الزمر: ۸، فصلت: ۵.

(۲) المفيد، المقنعة، كتاب الأيمان: ۵۵۸.

(۳) ابن البرّاج، المهذّب: ۲، كتاب الأيمان، ۴۰۳.

(۴) ابن سعيد الحلى، الجامع للشرائع: ۴۱۵.

(۵) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۸۷۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۴۶۵

۶ و قال العلّامة: و كذا لا ينعقد بالطلاق و لا بالعتاق و لا بالظهار و لا بالتحريم و لا بالكعبة و لا بالمصحف و لا بالنبى. «۱»

۷- قال العلّامة فى التحرير: و لا يجوز الإحلاف بشيء من ذلك لأنّه بدعة و كذا لا يجوز بالقرآن و لا بالبراءة من الله و لا من رسوله و لا من أحد من الأئمة .... «۲»

۸- قال الشـهيد عنـد التعليق على قول المحقّق: «و لا يجوز الإحلاف بغير أسـماء الله» و المراد بعـدم الجواز هنا بالنظر إلى الاعتداد به و فى إثبـات الحقّ أمّا جواز الحلف فى نفسه بمعنى عـدم الإـثم به ففيه وجهـان: من إطلاق الأخبار المنهى عنه المقتضـى للتحريم و من إمكان حمله على الكراهة. «۳»

۹- و قال فى الجواهر: الانصاف عدم وجه معتدّ به للتردّد فى ذلك (الحلية) خصوصاً بعد السيرة المستمرّة فى سائر الأعصار و الأمصار من العلماء و العوام من القسم بغير الله فى نحو ذلك. «۴»

۱۰ قال السيّد الطباطبائى: يظهر من جملة من الأخبار أنّ الحلف بغير الله مضافاً إلى عدم الأثر عليه فى قطع الدعوى و وجوب الكفارة، يكون حراماً مطلقاً، بل أسـنده فى المستند إلى الأشهر بين الطائفة قال: بل قيل إنّه مقتضى الإجماعات المنقولة و صرّح به جماعة منهم المحقّق الأردبيلى و صاحب المفاتيح و شارحه و بعض مشايخنا المعاصرين، لكن يظهر من صاحب الجواهر عدم القائل بالحرمة حيث إنّه بعـد نقل الأخبار الدالّة على المنع قال: «و لذا تردّد بعضـهم فى أصل جواز الحلف بغير الله تعالى لكنّه فى غير محلّه للسـيرة القطعية على جوازه مضافاً إلى الأصل و وجوده فى النصوص» ثمّ نقل جملة من الأخبار المشتملة على حلف بعض الأئمّة عليهم السَّلام و بعض الأصـحاب فى حضور الإمـام عليه السـلام بغير الله «قلت» و الأـقوى عـدم الحرمـة كمـا قال (و) لما قال، فالأخبار المانعـة محمولـة على الكراهة و يشعر بها اشتمال

(۱) العلّامة الحلی، إرشاد الأذهان: ۲/ ۸۵.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۲۲۷، نقلًا عن التحریر.

(۳) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۱۲.

(۴) الجواهر: ۴۰/ ۲۲۸.

بعضـها علی قوله علیه السـلام: «و لو حلف النـاس بهـذا و أشـباهه لترک الحلف بالله» و یمکن حمله علی محامل أُخر. هـذا، و أمّا مثل قوله: سألتک بالقرآن أو بالنبیّ صـلَّی الله علیه و آله و سلَّم أو بأمیر المؤمنین علیه السلام أن تفعل کذا، فلا إشکال فی عدم حرمته لأنّه لیس حلفاً بل هو من باب الاستشفاع و التوسیط. «۱»

۱ – ۱ و قـال السیّد الاصـفهانی: الأقوی أنّه یجوز الحلف بغیر الله و إن لم یـترتّب علی مخـالفته إثم و لاـ کفـارهٔ کمـا أنّه لیس قـاطعاً للدعاوی و المرافعات. «۲»

إذا وقفت علی الأقوال فالحق، ما أفاده السیّد الاصفهانی، لدلالهٔ لفیف من الروایات علی الجواز فقد حلف الإمام بقرابته من رسول الله «۳» و بیت الله الحق ۴ و حلف الراوی بحضرته بحقّ رسول الله ۵ و حقّ الإمام ۶ و حیاته. ۷

ثمّ إنّ فی الأحادیث النبویهٔ، و کلمات الإمام علی علیه السلام حلفاً بغیر الله کثیراً نذکر منه ما یلی:

الحلف بغیر الله فی الحدیث النبوی

۱- «جاءَ رَجُلٌ إلَی النّبیّ فقال: یا رَسُولَ اللّهِ أَیُّ الصّدَقَهِٔ أَعْظَمُ أَجْراً؟ فَقالَ: أَما وَ أَبیکَ لَتُنَبَّأَنَّهُ: أنْ تَصَدَّقَ وَ أَنْتَ صَحیحٌ شَحیحٌ تَخشَی الفَقْرَ وَ تَأملُ الْبَقاء». ۸

۲- «جاءَ رَجُلٌ إلی رَسُولِ اللّهِ مِنْ أَهْلِ نَجْد، یَسْأَلُ عَنِ الإسْلامِ، فَقالَ رَسُولُ اللّهِ صلَّی اللّه علیه و آله و سلَّم: خَمْسُ صَلَوات فِی الْیَوْمِ وَ اللَّیْلِ، فَقالَ: هَلْ عَلَیَّ غَیْرَهُنَّ؟ قالَ: لا،

(۱) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروهٔ: ۲/ ۲۰۰.

(۲) الاصفهانی، الوسیلهٔ: کتاب الایمان و النذور، ص ۲۰۵.

(۳) ۳- ۷ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۳۱ من أبواب الایمان، الحدیث ۷، ۸، ۶، ۱، ۱۴.

(۴) ۸ صحیح مسلم، کتاب الزکاهٔ، الجزء ۳، باب أفضل الصدقهٔ، ص ۹۴.

إلّا أنْ تَطَوَّعَ، و صِیامُ شَهْرِ رَمضان، فقال: هَلْ عَلَیَّ غَیْرُهُ؟ قال: لا، إلّا انْ تَطَوَّعَ، وَ ذَکَرَ لَهُ رَسُولُ اللّه صـلَّی اللّه علیه و آله و سلَّم الزّکاهَٔ فقـالَ: هَلْ عَلیّ غَیْرُها؟ قال: لا، إلّا أنْ تَطوَّعَ، فَأَدْبَرَ الرَّجُلُ وَ هُوَ یَقُولُ وَ اللّهُ لا أَزیـدُ عَلی هـذا وَ لا أَنقُصُ مِنْهُ، فقالَ رَسُولُ اللّهِ: أَفْلَحَ وَ أَبیهِ إنْ صَدَقَ. أوْ أُدْخِلَ الْجَنَّهَٔ وَ أَبیهِ إنْ صَدَقَ». «۱»

۳- «فَلَعَمْری لإنْ تَکَلَّمَ بِمَعْرُوف وَ تَنْهی عنْ مُنْکَر خَیْرٌ مِنْ أنْ تَسْکتَ». «۲»

۴- «فَلَعَمْری مَنْ أَکَلَ بُرقیهٔ باطِل، لَقَدْ أَکَلت بُرقیهٔ حَقّ». «۳»

۵- «فَلَعَمْری ما أَتَمَّ اللّهُ عَزَّ وَ جَلَّ حَجَّ مَنْ لَمْ یَطُفْ بَیْنَ الصَّفا وَ المَرْوَهِٔ». «۴»

۶- «وَ لَعَمْری لَوْ أَنَّ کُلَّکُمْ صَلّی فی بَیْتِهِ لَتَرَکْتُمْ سُنَّهَٔ نَبِیّکُمْ». «۵»

الحلف بغیر الله فی الحدیث العلوی

۷- «وَ لَعَمْری ما عَلَیَّ مِنْ قِتال مَنْ خالَفَ الْحَقَّ ... مِنْ إدْهان وَ لا إیهان». «۶»

۸- «وَ لَعَمْری لَوْ کُنّا نَأْتی ما آتَیْتُمْ، ما قامَ لِلدِّین عَمُودٌ». «۷»

۹- «وَ لَعَمْری ما تَقادَمَتْ بِکُمْ وَ لا بِهِمُ الْعُهُودُ». «۸»

۱۰ «وَ لَعَمْری لَئِنْ کانَتِ الإمامَةُ لا تَنْعَقِدُ حَتّی تَحْضُرَها عامَّةُ النّاسِ، فَما إلی ذلِکَ مِنْ سَبِیل». «۹»

---

(۱) صحیح مسلم، الجزء الاوّل، باب ما هو الإسلام و بیان خصاله، ص ۳۲.

(۲) مسند احمد بن حنبل: ۵/ ۲۲۵.

(۳) مسند احمد بن حنبل: ۵/ ۲۱۱.

(۴) سنن ابن ماجة: ۴/ ۹۹۵.

(۵) سنن ابن ماجة: ۱/ ۲۵۵.

(۶) نهج البلاغة: الخطبة ۲۳.

(۷) نهج البلاغة: الخطبة ۵۶.

(۸) نهج البلاغة: الخطبة ۸۵.

(۹) نهج البلاغة: الخطبة ۱۶۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴۶۸

۱۱ «لَعَمْری یَهْلِکُ فی لَهَبِهَا الْمُؤْمِن». «۱»

۲- ۱ «فَلَعَمْری لَقَدْ فَوَّقَ لَکُمْ سَهْمَ الْوَعِید». «۲»

۳- ۱ «وَ لَعَمْری یا مُعاوِیَةُ، لَئِنْ نَظَرْتَ بِعَقْلِکَ دُونَ هَواکَ، لَتَجِدَنّی أَبْرَأَ الناسِ مِنْ دَمِ عُثْمان». «۳»

۴- ۱ «وَ لَعَمْری لَئِنْ لَمْ تَنْزِعْ عَنْ غَیِّکَ وَ شِقاقِکَ». «۴»

۵- ۱ «وَ لَعَمْری ما کُنْتُما بِأَحَقّ المُهاجِرینَ بِالتَّقِیَّةِ وَ الکِتْمانِ». «۵»

أدلّة القول بالتحریم

قـد تعرّفت علی القول بالحرمـة من خلال الکلمـات المنقولـة، و نقل عن المسـتند أنّه اختار القول بالتحریم و لم أقف علی کلامه بعد الفحص حتّی أنّ الشیخ الآشتیانی ردّ دلالة السیرة المستمرّة علی الحلف بغیر الله التی استدل بها صاحب الجواهر علی الجواز بالأخبار الناهیة و قال: و قد یستدلّ علی الجواز بالسیرة المستمرّة من زماننا إلی زمان الأئمّة و النبی علیهم السَّلام و فی هذا الاستدلال نظر لا یخفی وجهه و قد ذکر فی التعلیقة بأنّ الأخبار الناهیة صالحة للردع. «۶»

فإذا کانت الأخبار بهـذه المثابـة فلا محیص من نقلها و دراسـتها و تقییم دلالتها علی الکراهـة أو الحرمـة، أو نفی الحکم الوضـعی من عدم کفایتها فی إیجاب الحقّ، أو إسقاط الواجب أو عدم ثبوت الکفّارة فلا یمکن الحکم و القضاء فیها إلّا بالإمعان فیها. فنقول:

۱- روی علی بن مهزیار قال قلت: لأبی جعفر الثانی علیه السلام قول الله عزّ و جلّ (وَ اللَّیْلِ إِذا یَغْشی* وَ النَّهارِ إِذا تَجَلّی) (اللیل/ ۱ و ۲) و قوله عزّ و جلّ: (وَ النَّجْمِ

---

(۱) نهج البلاغة: الخطبة ۱۶۸.

(۲) نهج البلاغة: الخطبة ۱۸۲.

(۳) نهج البلاغة: الخطبة ۱۸۷، (القاصعة).

(۴) نهج البلاغة: الرسالة/ ۹.

(۵) نهج البلاغة: الرسالة/ ۵۴.

(۶) الآشتیانی، القضاء: ۱۶۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۶۹

إِذا هَوی) (النجم/ ۱) و ما أشبه هذا فقال: «إنّ اللّه عزّ و جلّ یُقْسِم من خلقه بما شاء و لیس لخلقه أن یقسموا إلّا به عزّ و جلّ». «۱»

۲- روی الحسین بن زید عن الصادق علیه السلام عن آبائه عن النبی صلّی الله علیه و آله و سلّم فی حدیث المناهی أنّه نهی أن یحلف الرجل بغیر الله و قال: «من حلف بغیر الله فلیس من الله فی شیء و نهی أن یحلف الرجل بسورة من کتاب الله عزّ و جلّ و قال: من حلف بسورة من کتاب الله فعلیه بکل آیة منها کفارة یمین فمن شاء برّ و من شاء فجر و نهی أن یقول الرجل للرجل لا و حیاتک و حیاة فلان». ۲

۳- روی محمّد بن مسلم قال: قلت لأبی جعفر علیه السلام قول الله عزّ و جلّ: (وَ اللَّیْلِ إِذا یَغْشی) (وَ النَّجْمِ إِذا هَوی) و ما أشبه ذلک فقال: إنّ لله عزّ و جلّ أن یقسم من خلقه بما شاء و لیس لخلقه أن یقسموا إلّا به. ۳

۴- روی الحلبی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «لا أری للرجل أن یحلف إلّا بالله فأمّا قول الرجل لا أب لشانیک فإنّه قول أهل الجاهلیة و لو حلف الناس بهذا أو أشباهه لترک الحلف بالله». ۴

۵- و روی سماعة عن أبی عبد اللّه علیه السلام مثله أیضاً. ۵

۶- روی العیاشی فی تفسیره عن زرارة قال: سألت أبا جعفر علیه السلام عن قول الله (وَ ما یُؤْمِنُ أَکْثَرُهُمْ بِاللَّهِ إِلَّا وَ هُمْ مُشْرِکُونَ) (یوسف/ ۱۰۶) قال: «من ذلک قول الرجل: لا و حیاتک». ۶

۷- و روی عن أبی جعفر علیه السلام: «شرک طاعة، قول الرجل لا و الله و فلان». ۷

۸- و عن العلاء قال: سألته عن قوله: (فَلا أُقْسِمُ بِمَواقِعِ النُّجُومِ) (الواقعة/ ۷۵) قال: «عظم إثم من حلف بها». ۸

---

(۱) ۱- ۳ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۳۰ من أبواب الأیمان، الحدیث ۱، ۲، ۳.

(۲) ۴- ۸ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۳۰ من أبواب الأیمان، الحدیث ۴، ۵، ۱۱، ۱۲، ۱۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۷۰

۹ روی العیاشی عن محمّد بن مسلم: کل یمین بغیر الله فهی من خطوات الشیطان. «۱»

۱۰ روی عبد الرحمن بن أبی عبد الله قال: سألت أبا عبد اللّه علیه السلام عن رجل حلف أن ینحر ولده قال: «هذا من خطوات الشیطان» و قال: «کلّ یمین بغیر الله فهی من خطوات الشیطان». ۲

۱- ۱ روی زرارة عن أبی جعفر علیه السلام قال: سألت قوله تعالی: (فَاذْکُرُوا اللَّهَ کَذِکْرِکُمْ آباءَکُمْ أَوْ أَشَدَّ ذِکْراً) قال: «إنّ أهل الجاهلیة کان من قولهم کلّا و أبیک، و بلی و أبیک فأمروا أن یقول: لا و الله و بلی و الله» ۳

هذه هی الروایات الناهیة، و لعلّ هنا ما یؤیدها تحریماً أو کراهة. إلّا أنّ الشأن فی ترکیزها علی موضوع واحد و یمکن أن یقال: إنّ النهی فی الحدیث الأوّل و الثالث و الثامن لأجل أنّ الحلف بالأجرام السماویة مظنّة الشرک فالنهی عنها نهیاً تحریمیاً أو تنزیهیاً، لا یکون دلیلًا علی حرمة الحلف بسفیر التوحید و مبلّغه و آله الأطهار.

و أمّا الحديث الثانى فهو معرض عنه إذ لم يقل أحد بالكفارة فيما إذا حلف بسورة من كتاب الله ثمّ خالف، مضافاً إلى ما فى سنده من الضعف.

و أمّا التاسع و العاشر، فهما محمولان على الحلف بأمر محرّم كنحر الولد، أو الطلاق و العتاق و صدقة ما يملك و يشهد على ذلك ورود قوله: «كلّ يمين بغير الله فهى من خطوات الشيطان» فى مورد الحلف على العتاق و الطلاق. ۴

و ما بقى من الروايات يحمل على الكراهة خصوصاً ما ورد من النهى على الحلف بالآباء، و لعلّه قضية خارجية، لا حقيقية و سبب النهى، كون آباؤهم مشركين.

---

(۱) ۱- ۳ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۱۵ من أبواب الأيمان، الحديث ۴، ۵، ۶.

(۲) ۴ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۱۴ من أبواب الأيمان، الحديث ۳، ۴، ۵.

المقام الثانى: حكم الحلف بغير الله وضعاً

اتّفقت كلمتهم على أنّه لا ـ يستحلف لإيجاب الحقّ أو إسقاطه إلّا بالله تعالى شأنه و أنّ الحلف بغير الله، لا يثبت حقّاً، و لا يسقطه و إليك نصوصهم:

۱- قال المفيد: و لا يستحلف بغير أسماء الله عزّ و جلّ. «۱»

۲- قال ابن البرّاج: استحلف بالله الذى لا إله إلّا هو أو بشىء من أسمائه و لا يجوز استحلافه بغير ذلك. «۲»

۳- و قال ابن حمزة: و لا يمين بغير الله تعالى و بغير أسمائه الحسنى و صفاته العلياء». «۳»

۴- و قال ابن سعيد: و اليمين إنّما يكون بالله و أسمائه الخاصّة. «۴»

۵- و قال العلّامة: و لا ينعقد اليمين الموجبة للبراءة من الدعوى إلّا بالله تعالى. «۵»

۶- و قال: و لا يصحّ اليمين إلّا بالله تعالى «۶»، إلى غير ذلك من الكلمات المماثلة.

و تدلّ على عدم الاعتداد روايات:

۱- روى سليمان بن خالد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «فى كتاب على عليه السلام إنّ نبيّاً من الأنبياء شكا إلى ربّه فقال: يا ربّ كيف أقضى فيما لم أشهد؟ قال: فأوحى

---

(۱) المفيد، المقنعة: ۷۳۱.

(۲) ابن البرّاج، المهذّب: ۲/ ۵۸۹.

(۳) ابن حمزة، الوسيلة: ۲۲۸.

(۴) ابن سعيد الحلى: الجامع للشرائع: ۵۲۵.

(۵) السيد العاملى: مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۹۶، قسم المتن.

(۶) العلّامة الحلى، إرشاد الأذهان: ۲/ ۱۴۵.

الله إليه: احكم بينهم بكتابى و أضفهم إلى اسمى فحلّفهم به». «۱»

۲- روى سليمان بن خالد عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «لا يُحلّفُ الرجل اليهودى و لا النصرانى و لا المجوسى بغير الله». «۲»

۳- روی جرّاح المدائنی عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: لا یُحلّف بغیر الله، و قال: الیهودی و النصرانی و المجوسی لا تحلّفوهم إلّا بالله عزّ و جلّ. ۳

۴- روی سماعة عن أبی عبد الله قال: سألته هل یصلح لأحد أن یُحلِّف أحداً من الیهود و النصاری بآلهتهم؟ قال: «لا یصلح لأحد أن یحلِّف أحداً إلّا بالله عزّ و جلّ». ۴

۵- روی الحلبی قال سألت أبا عبد الله علیه السلام عن أهل الملل یُستَحلَفون فقال: «لا تُحلِّفوهم إلّا بالله عزّ و جلّ». ۵

و الاستدلال، بغیر الأُولی من الروایات الواردة فی أهل الکتاب، مبنیّ علی ظهورها فی کون المضمون حکم الله المشترک بین الناس.

ثمّ إنّ صاحب الجواهر لخلطه بین المقامین السابقین استدلّ ببعض الروایات التی لا مساس له بالمقام کروایة محمّد بن مسلم و صحیح الحلبی و النبوی ۶ فانّها ناظرة إلی المقام الأوّل.

و هذه الروایات دلّت علی أنّ أتباع الشرائع کلّهم کالمسلمین یُحلفون بالله، إنّما الکلام فی المنکر للصانع فهل یحلَّف به أو لا؟ قال فی المبسوط: و إن کان وثنیاً

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

(۲) ۲- ۵ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۳۲، الحدیث ۱، ۲، ۳، ۵. و قد روی الحرّ العاملی، عن الحلبی فی ذلک الباب روایات ثلاثة کان الجمیع روایة واحدة فلاحظ الرقم ۳، ۶، ۱۴ من الباب ۳۲ من أبواب الأیمان.

(۳) ۶ الجواهر: ۴۰/ ۲۲۷؛ لاحظ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۳۰، الحدیث ۳، ۴؛ المستدرک، الباب ۲۴ من کتاب الأیمان، الحدیث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۷۳

معطِّلًا أو کان ملحداً یجحد الوحدانیة لم یُغلَّظ علیه باللفظ و اقتصر علی قوله: «و الله» فإن قیل کیف حلّفته بالله و لیست عنده یمیناً، لیزداد اثماً و یستوجب العقوبة «۱» و اختاره السیّد الطباطبائی مستدلًا بالإطلاقات التی مقتضاها عدم الفرق فی الکفّار بین من یعتقد بالله و من یجحده. «۲»

أقول: یجب أن یکون مفروض الشیخ المعاهد الذی لا یجوز التعرّض لنفسه و ماله، و إلّا فلو کان محارباً فلا حرمة لنفسه فضلًا عن ماله فیجوز أخذ حقّه منه من دون إقامة الدعوی و إحلافه. نعم لو کانت الظروف لا تساعد علی ذلک فلو أقام الدعوی علیه فإن أقام البیّنة أو اعترف الکافر، و إلّا فیسقط الحلف و ذلک لأنّ الغایة منه إیجاد الردع فی الحالف حتّی یستعظم الإله و یرتدع و لا یحلف کاذباً فإذا کان جاحداً لله سبحانه فالإحلاف یکون لغواً و ما ذکره الشیخ من أنّ الغرض من الإحلاف هو زیادة الإثم، فهو لیس غرضاً للشارع و لا للمحلِّف و الأولی القول بسقوط الحلف کما فی سائر الموارد الّتی لا یتمکّن المدّعی من الإحلاف کالدعوی علی المیّت.

ثمّ إنّ مقتضی الإطلاقات، کفایة الحلف بلفظ الجلالة من غیر فرق بین المجوسی و غیره لکن قال الشیخ فی المبسوط: إن کان مجوسیاً حلف: و الله الذی خلقنی و رزقنی لئلا- یتناول بالله وحده، النورَ فإنّه یعتقد النور إلهاً فإذا قال: خلقنی و رزقنی زال الإبهام و الاحتمال. «۳»

و ما ذکره مخالف لمقتضی الإطلاق، أضف إلیه أنّ لفظ الجلالة علم لخالق النور و الظلمة و لو افترضنا صحّة إطلاق الإله علی النور و لکن لفظ الجلالة لا یطلق إلّا علی الإله الأعلی عندهم الذی هو خالق النور و الظلمة و الآلهة ....

---

(۱) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۲۰۵، فصل فی موضع الیمین.

(۲) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۱۹۹.

(۳) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۲۰۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۷۴

ثمّ إنّ مقتضی بعض الروایات جواز حلف أهل الکتاب بغیر لفظ الجلالة و هی:

۱- ما رواه السکونی عن أبی عبد الله علیه السلام إنّ أمیر المؤمنین علیه السلام استحلف یهودیاً بالتوراة التی أنزلت علی موسی. «۱»

۲- روی محمّد بن مسلم عن أحدهما علیهما السّلام سألته عن الأحکام فقال: فی کلّ دین ما یستحلفون. ۲ و الظاهر أنّ روایتی ۳ محمّد بن مسلم روایة واحدة. کما أنّ روایتی السکونی، مع مرسلة الصدوق ۴ متّحدتان.

و التعارض بین الطائفتین واضح، و حمل الطائفة الثانیة علی أنّه مخصوص بالإمام إذ رأی ذلک أردع لهم، أو علی من یری الحلف بذلک و لا یعتقد الحنث فی الحلف بالله، أو المراد الحلف بمن أنزلها، أو الغلظ بذلک مع الحلف بالله، جمع تبرّعی لا یصار إلیه.

و لعلّ المحقّق لمّا رآهما متعارضین، لا یرجّح أحدهما علی الآخر أخذ بالقول بالتخییر فی المقام و قال: «و لو رأی الحاکم إحلاف الذمّی بما یقتضیه دینه أردع جاز».

ثمّ إنّ نسبة هذه الروایات مع روایة سلیمان بن خالد الأُولی و إن کان عموماً و خصوصاً مطلقاً لکن بالنسبة إلی غیرها متباینتان، لأنّ الموضوع فی کلتا الطائفتین أهل الکتاب، و الترجیح مع الطائفة الأُولی إذ روایة السکونی فی الطائفة الثانیة تحکی الفعل و وجهه غیر معلوم و قد عرفت أنّها بنفسها مرسلة الصدوق، بقیت روایة محمّد بن مسلم و هی لا تقابل ما سبق. فالأولی هو عدم الاکتفاء بغیر المتیقّن. و بالجملة الروایات المانعة ترجّح علی المجوّزه بکثرة عددها و علوّ شأن

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۳۲ من أبواب الأیمان، الحدیث ۴، ۷، و لاحظ أیضاً ۸، ۹، ۱۰.

(۲) ۳ المذکورتان فی الوسائل: برقم ۷ و ۹ فی الباب ۳۲.

(۳) ۴ المذکورتان فی الوسائل: برقم ۴ و ۱۰ فی ذلک الکتاب.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۷۵

رواتها، و إعراض المشهور عن المجوّزة، و قد حقّقنا فی محلّه أنّ إعراض المشهور یسقط الروایة عن الحجّیة.

هل المراد من الأخبار السابقة هو الحلف بلفظ الجلالة فقط أو یکفی ما یعادله فی سائر اللغات بل یکفی الأسماء المختصّة کالخالق و الرازق و ربّما یؤیّد الثانی بأنّ المراد من الأخبار الحاصرة هو نفی الحلف بغیره سبحانه لا أن یکون بخصوص اللفظ و تؤیّده روایة سلیمان بن خالد، من إیحائه سبحانه إلی أحد أنبیائه من إضافة اسمه، و الخالق و الرازق من اسمائه سبحانه و لأنّ الغایة هو الارتداع عن الحلف کاذباً و هو موجود فی جمیع الأسماء و قد عرفت أنّ المفید صرّح بجواز الحلف بکل اسمائه و إن کان الأحوط هو التحلیف بلفظ الجلالة، لا بغیره.

أُمور حول الاستحلاف

اشارة

ذکر المحقّق أُمورا حول الاستحلاف و أرسلها إرسال المسلّم فنذکرها واحداً تلو الآخر:

۱- تقدیم العظة علی الیمین

قال یستحبّ تقدیم العظة علی الیمین و التخویف من عاقبتها.

استدلّ له بما ورد فی الروایات من الآثار الموبقة للیمین الکاذبة. «۱» و لکن لا صلة لها باستحباب تقدیم العظة. و مثلها ما ورد من الأمر بالاحتیاط فی حقوق المسلمین، فإنّه لا یتجاوز عن کونه أمراً إرشادیاً لا یثبت به استحباب العظة فلم یبق سوی ما ورد من روایة الحضرمی حیث ادّعی علی کندیّ فی أرض من الیمین، أنّه اغتصبها ابو الکندی فتهیأ الثانی للیمین فقال صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: «لا یقتطع رجل مالًا بیمینه

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۶، لاحظ الباب ۴ من أبواب کتاب الایمان.

إلّا لقی الله یوم یلقاه و هو أجذم فقال الکندی: هی أرضه «۱» و فی سنده ما لا یخفی و مثله دلالته إذ لعلّ النبیّ کان واقفاً علی کذبه، فقدّم العظة حتّی یرتدع و لا یکون دلیل علی استحبابه مطلقاً، کما لا یخفی.

۲- یکفی فی رفع الخصومة مطلق الیمین

یکفی فی رفع الخصومة و إنهائها مطلق الیمین لأنّ مقتضی إطلاق الأدلّة، هو کفایة الحلف بالجلالة و حسبه أن یقول و الله ماله قبلی حقّ قال رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: «البیّنة علی المدّعی، و الیمین علی المدّعی علیه». «۲»

۳- أسباب تغلیظ الیمین

إنّ للتغلیظ أسباباً مختلفة، فتارة یکون بالقول کما إذا قارن حلفه بالبراءة من حوله سبحانه و قوّته «۳» و أُخری بالمکان کالتحلیف عند قبر النبی، و تحلیف الیهود و النصاری فی بیعهم و کنائسهم «۴» و ثالثة بالزمان کما قوله: (یَا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَیْنِکُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَکُمُ الْمَوْتُ حِینَ الْوَصِیَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْکُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَیْرِکُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِی الْأَرْضِ فَأَصَابَتْکُمْ مُصِیبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَیُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِی بِهِ ثَمَناً وَ لَوْ کَانَ ذَا قُرْبَی وَ لَا نَکْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذاً لَمِنَ الْآثِمِینَ) (المائدة/ ۱۰۶).

قال الطبرسی: تحبسونهما من بعد صلاة العصر و هو المروی عن أبی جعفر إن ارتبتم فی شهادتهما و خشیتم أن یکونا قد غیّرا أو بدّلا أو کتما أو خانا و الخطاب

---

(۱) البیهقی، السنن: ۱۰/ ۱۸۰.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱ و ۴.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۳۲، الحدیث ۳۱.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲۱.

فی تحبسونهما للورثة و یجوز أن یکون خطاباً للقضاة فیحلفان بالله لا نشتری به ثمناً و لا نطلب بالحلف الثمن و لو کان المشهود له ذا قربی. «۱»

۴- هل الإحلاف باليمين المغلّظة مستحبّ للحاكم؟

اشارة

المشهور أنّ الإحلاف باليمين المغلّظة مستحب للحاكم استظهاراً للحكم: غير أنّ المهم وجود الدليل على الاستحباب قال الشهيد: هذا هو الحكم المشهور بين الأصحاب و ذكروا أنّه مروى و ما وقفت على مستنده. «٢»

و قال العلّامة: «و ينبغى التغليظ بالقول فى الزمان و المكان فى الحقوق كلّها» «٣» و لعلّه لأجل عدم وجود دليل خاص، عبّر بلفظ «ينبغى» و لم يقل يستحبّ.

و قال السيّد الطباطبائى: لا خلاف و لا إشكال فى أنّه يكفى فى الحلف الاقتصار على قوله: «و الله ليس لفلان علىّ، كذا مثلًا» و لكن ذكروا انّه يستحب للحاكم التغليظ. «۴»

و استدل له بروايات سبع:

١- منا ورد فى تحليف الأخرس كما فى صحيحة محمّد بن مسلم كتب أمير المؤمنين عليه السلام: «و الله الذى لا إله إلّا هو عالم الغيب و الشهادة، الرّحمن الرّحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذى يعلم السر و العلانية ...» «۵» و الرواية مشتملة على حكم شاذ و هو القضاء على الممتنع عن الحلف من دون ردّه

---

(١) الطبرسى، مجمع البيان: ٢/ ٢۵٧.

(٢) زين الدين العاملى، المسالك: ٢/ ۴١٣.

(٣) السيّد العاملى، مفتاح الكرامة: ١٠/ ٩٩، قسم المتن.

(۴) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ٢/ ٢٠٢، المسألة ٧.

(۵) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۴٧٨

على المدّعى و مع ذلك، فخصوصية المورد كالأخرس تمنع عن إلغاء الخصوصية.

٢- ما ورد فى يمين الاستظهار كما فى رواية عبد الرحمن بن أبى عبد الله «و إن كان المطلوب بالحقّ قد مات فاقيمت عليه البيّنة فعلى المدّعى اليمين بالله الذى لا إله إلّا هو ... «١» و يرد عليه ما أورد على السابق من وجود خصوصية فى المورد، لأنّ المدّعى عليه ميّت، و المدّعى حىّ و لعلّ المطلوب فيه التغليظ لأنّ المدّعى عليه لا يستطيع الدفاع عن نفسه.

٣- فعل على عليه السلام فى أهل الكتاب حيث كان يستحلف النصارى و اليهود فى بيعهم و كنائسهم و المجوس فى بيوت نيرانهم و يقول: شدّدوا عليهم احتياطاً للمسلمين. «٢»

و يلاحظ على الاستدلال بمثل ما تقدّم مضافاً إلى بُعد وجود بيوت النار فى الكوفة فى عصر الإمام عليه السلام.

۴- ٧ ما ورد فى إحلاف الظالم من التغليظ فى حديث صفوان الجمّال «٣» و كلام الإمام فى نهج البلاغة: «احلفوا الظالم إذا أردتم يمينه بأنّه برىءٌ من حول الله و قوّته». ۴ و المروى عن الإمام الرضا عليه السلام. ۵ و ما ورد فى تحليف النبى عبد الله بن صوريا اليهودى على وجود حكم الرجم فى التوراة ۶ لكن استحباب التغليظ فى مورد الظالم لا يكون دليلًا على استحبابه فى عامّة الموارد. و مثله تحليف الحبر اليهودى، فإنّ حسّاسية الموقف الجأ النبى على تحليفه باليمين المغلّظة.

و لأجل ضعف الاستدلال قال صاحب الجواهر: لم يقف على عموم يقتضى استحبابه كذلك على كلّ أحد. و على ما ذكرنا فلا يستحبّ التغليظ إلّا فى مورد

---

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢.

(٣) ٣- ۶ الوسائل: الجزء ١۶، الباب ٣٣ من أبواب كتاب الإيمان، الحديث ١ و ٢ و ٣. مجمع البيان: ٢/ ١٩٣ ط صيدا، تفسير الآية ۴١.

النصّ فاحفظه ينفعك فيما يأتى.

۵- التغليظ إلّا إذا كان المال دون نصاب القطع

لما اختار المحقّق استحباب التغليظ مطلقاً، استثنى منه صورة واحدة و قال: و يستحبّ التغليظ فى الحقوق كلّها و إن قلّت، عدا المال فإنّه لا- يغلّظ فيه بما دون نصاب القطع قال الشيخ: لا تغلظ اليمين بأقل ممّا يجب فيه القطع، و لا يراعى بلوغ النصاب الذى تجب فيه الزكاة و به قال مالك و قال الشافعى: لا تغلظ بأقلّ ممّا تجب فيه الزكاة إذا كانت يميناً فى المال أو المقصود منه المال و إن كان يميناً فى غير ذلك غلّظ على كل حال و قال ابن جرير: يغلِّظ فى الكثير و القليل ثمّ استدل بإجماع الفرقة. «١»

و يدلّ عليه خبر محمّد بن مسلم و زرارة عنهما عليهما السَّلام جميعاً قالا: لا يحلّف أحد عند قبر النبىّ صلَّى الله عليه و آله و سلَّم على أقلّ ممّا يجب فيه القطع. «٢»

۶- الامتناع عن الإجابة إلى التغليظ

قال المحقّق: لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لم يجبر و لميتحقّق بامتناعه نكول.

أقول: هنا مقامان:

الأوّل: هل تجب الإجابة على المنكر إذا دعاه القاضى إلى اليمين المغلّظة أولا؟

الثانى: هل يتحقّق النكول بالامتناع عن الحلف المغلّظ دون غيره أو لا؟

أمّا المقام الأوّل: فقال الشيخ: التغليظ بالمكان و الزمان استحباب دون أن

---

(١) الطوسى: الخلاف: الجزء ٣، كتاب القضاء، المسألة ٣٢.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢٩ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١.

يكون ذلك شرطاً فى صحّة الأيمان و وافقنا فى الأزمان و الألفاظ الشافعى. و المكان على قولين: أحدهما مثل ما قلناه و الثانى انّه شرط. و استدل على مختاره بأنّ كونه شرطاً يحتاج إلى دليل و أيضاً قوله: اليمين على المدّعى عليه و البيّنة على المدّعى و لم يذكر الزمان و المكان و ما ذكرناه من الأدلّة محمول على الاستحباب. «١»

و قال العلّامة: «و لو امتنع الحالف من التغليظ لم يجبر عليه». «٢»

و حكى عن كشف اللثام التفصيل بين التغليظ القولى فلا يجبر و التغليظ بالزّمان و المكان فيجبر عليهما.

فتلخّص أنّ الأقوال ثلاثة: ۱ عدم الوجوب؛ ۲ التفصيل بين الألفاظ و الأزمان فلا يجب و الأمكنة فيجب التغليظ كما عليه الشافعى فى بعض أقواله؛ ۳ التفصيل بين الألفاظ فلا يجب و أمّا الأزمان و الأمكنة فيجب كما هو المحكى عن كاشف اللثام.

قد عرفت أنّ القول بالتغليظ لم يثبت إلّا فى موارد ثلاثة، فلو قيل بالاستحباب للحاكم فى خصوص تلك الموارد لكان له وجه و أمّا احتمال الوجوب للحالف فلا دليل على وجوبه فيها لكفاية مطلق الحلف فى إنهاء الخصومة حسب مقتضى الإطلاقات و إلزام المدّعى عليه حتّى فى الموارد التى ثبت جواز التغليظ، يحتاج إلى دليل.

و ربّما يستدلّ على وجوب الإجابة بأمرين:

۱- إذا كان التغليظ مستحبّاً للحاكم، تجب الإجابة على الحالف و إلّا تلزم اللغويّة.

يلاحظ عليه: إنّما تلزم اللغويّة إذا كان الامتناع من جانب الحالف دائمياً،

---

(۱) الطوسى: الخلاف: الجزء ۳، كتاب القضاء، المسألة ۳۳.

(۲) العاملى، مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۹۹، قسم المتن.

لا اتّفاقياً. فيكفى فى رفعها أن لفيفاً من الحالفين، يصدرون عن التغليظ لداع من الدواعى و هذا يكفى فى تشريع الاستحباب للحاكم على الوجه الكلّى.

۲- الحلف حقّ للمدّعى فله أن يختار أىّ قسم من أقسام اليمين.

يلاحظ عليه: انّ الحلف حكم شرعىّ لرفع الخصومة و إنهاء النزاع و قد قلنا سابقاً، أنّ كون شىء حقّاً يحتاج إلى ارضية تجعله حقّاً، كالسبق إلى مكان، فهو أحقّ به و ليس ادّعاء أحد على أحد، بلا شاهد و دليل، موجباً لكون المدّعى ذا حق على المدّعى عليه و ربّما يكون من حيث المكانة الاجتماعية أرفع منه بكثير. و لو لا- حكم الشارع باليمين لخُلِّى المنكر سبيله، كما هو الحال فى المحاكم العالميّة.

أمّا المقام الثانى فهو عبارة عن ثبوت النكول بالامتناع عن التغليظ فنقول:

إذا امتنع عن الحلف المغلّظ، فهل يحكم عليه بالنكول أو إذا توقّف عنه و عن الردّ؟ مقتضى القاعدة هو الثانى كما سبق غير أنّه يمكن استظهار خلافه من روايتين:

احداهما: رواية عبد الرحمن بن أبى عبد الله الواردة فى حلف المدّعى على الميّت بعد إقامة البيّنة قال: «فإن كان المطلوب بالحقّ قد مات فأُقيمت عليه البيّنة فعلى المدّعى اليمين بالله الذى لا إله إلّا هو لقد مات فلان و أنّ حقّه لعليه فإن حلف و إلّا فلا حقّ له ...». «۱»

ثانيتهما: رواية محمّد بن مسلم فى الأخرس كما مرّ. «۲»

و مع ذلك كلّه ففى الاستدلال بهما على ثبوت النكول نظر أمّا الأُولى فلأنّ المدّعى عليه فيها ميّت، فليس بعد امتناع المدّعى عن الحلف إلّا إيقاف الدعوى إذ لا يمكن الردّ على الطرف المقابل فلا يكون الحكم بالنكول فيه دليلًا على غيره.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۴.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

و أمّا الرواية الثانية فقد مرّ احتمال أنّ الإمام ردّه على المدّعى و أنّه حلف، و عدم ذكره فى الرواية، لأجل كونه خارجاً عن المقصد

الأصلی لأنّه بصدد بیان کیفیة حلف الأخرس، لا کلّ ما یرتبط بالواقعة.

أضف إلی ذلک: أنّ الناکل من یمتنع عن الحلف بتاتاً لا من یمتنع عن قسم خاص منه ففی صحیحة أبی أیّوب الخزاز عن أبی عبد الله علیه السلام: «من حلف بالله فلیُصدَّق». و فی حدیث أبی حمزة عن رسول الله: «و لا تحلفوا إلّا بالله و من حلف بالله فلیُصدَّق». «۱»

فقد خرجنا بالنتائج التالیة:

۱- لم یثبت استحباب الإحلاف بالیمین المغلّظة إلّا فی موارد خاصة.

۲- لا یجوز جبر المدّعی علیه بها حتّی فی الموارد التی ورد فیها الدلیل.

۳- لا یثبت النکول بالامتناع عنها.

۷- هل تحلّ یمینه علی ترک التغلیظ باختیار الحاکم؟

لو حلف علی أنّه لا یُغلِّظ یمیناً و اختار الحاکم التغلیظَ یقع الکلام فی موردین:

۱- هل تنعقد الیمین علی ترک التغلیظ أو لا؟

۲- إذا صحّت یمینه فهل تحلّ باختیار الحاکم التغلیظَ أو لا؟

أمّا الأوّل فالظاهر من الروایات الواردة فی الأبواب الثلاثة الأُوَل من کتاب الأیمان، کون الیمین الصادق مکروهاً قال رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم: «من أجلّ الله أن یَحلِف به أعطاه الله خیراً ممّا ذهب منه». «۲» و قال الصادق علیه السلام: «لا تحلفوا بالله صادقین و لا

(۱) الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۶ من أبواب کتاب الأیمان، الحدیث ۱۳.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۱ من أبواب کتاب الأیمان، الحدیث ۳.

کاذبین» «۱» الی غیر ذلک من الروایات فإذا کان مطلق الیمین مکروهاً فالمغلَّظ أشدّ کراهة، و فی ترکها، أکثر إجلالًا له فتصحّ الیمین.

و ربّما أشکل علی الانعقاد بوجهین:

۱- إذا کانت إجابة الحاکم واجبة، یلزم الحلف علی ترک الواجب.

یلاحظ علیه: أنّه لم یدلّ دلیل علی وجوب الإجابة و أقصی ما یمکن أن یقال، هو الوجوب الوضعی بمعنی أنّه لو تخلف عن الإجابة، یترتّب علیه أثره الوضعی من النکول و غیره، لا أنّه واجب علیه تکلیفاً و قد مرّ نفی کلا الأمرین.

۲- التغلیظ مستحبّ، و الیمین علی ترک المستحب، یمین علی ترک الراجح فلا ینعقد.

یلاحظ علیه: بأنّ الثابت هو استحبابه علی الحاکم، لا علی الحالف بل المستحبّ علیه ترک الحلف و دفع ما ادّعی علیه إذا بلغ مقدار ثلاثین درهماً. «۲» و قد عرفت عدم المنافاة بین استحبابه علیه، و عدم وجوبه أو عدم استحبابه علی المدّعی علیه و أنّه لا تلزم اللغویة.

و ما ربّما یقال من تصویر استحباب التغلیظ فی حقّ الحالف لأجل طروء عنوان خارجی علیه و هو الإجابة لالتماس المؤمن، فیکون الحلف علی ترکها مرجوحاً، غیر تام.

لأنّه حلف علی ترک الیمین المغلّظ، و هو فی حدّ نفسه أمر راجح و لم یحلف علی ترکها سواء التمسها المؤمن أم لا، حتّی یقال إنّ مفاد الإطلاق، هو الیمین علی ترک الراجح و قد قلنا فی محلّه أنّ الإطلاق لیس إلّا رفض القیود لا الجمع بین القیود فالیمین المغلّظة بما هی هی مکروهة و قد حلف علی ترکها، لا أنّه حلف علی ترکها

(١) الوسائل: الجزء ١۶، الباب ١ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ٧.

(٢) الوسائل: الجزء ١۶، الباب ٣ من أبواب كتاب الأيمان. الحديث ١.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۴٨۴

فى صورة التماس الأخ المؤمن لها و على ضوء ذلك، فلو التمس المؤمن قبل حلفه، على الترك، استحبّت إجابته و إلّا فلا موضوع لإجابة التماسه لأنّه فى أمر جائز لا فى أمر محرم.

و أمّا المورد الثانى فقد ظهر ممّا ذكرنا عدم انحلالها باقتراح الحاكم و ذلك لأنّ التغليظ ليس واجباً و لا مستحبّاً عليه، فكيف تنحل باقتراح الحاكم؟!

و لو حاكمهما القاضى يوم الجمعة فى المسجد، فأمر بالحلف فلا يعدّ حلًا لليمين، لأنّ المحلوف عليه ترك اليمين المغلّظة إذا تمكّن من غيرها، كما إذا طلب منه أن يحلف يوم الجمعة، مع كون المحاكمة يوم الخميس، أو يحلف فى المسجد مع كونها فى غيره و أمّا إذا كانت المحاكمة من بدء أمرها فى الأزمنة و الأمكنة الخاصة الّتى تعدُّ من أسباب التغليظ، فليس أمامه فرد آخر حتّى يترك. اللّهمّ إلّا أن يقال إنّ أمامه الفرد الآخر، و هو ردّ اليمين على المدّعى فلا يكون ذلك مسوّغاً لنقض اليمين كما سيوافيك فى القسم التالى.

و منه يعلم حكم من حلف على ترك اليمين مطلقاً، فلو كان مورد الدعوى أمراً مالياً، فالحلف منعقد، لإمكانه ترك الحلف و ردّه إلى المدّعى و أمّا إذا كان المدّعى به أمراً غير مالى كما إذا ادّعى رجل زوجية امرأة، و قد حلفت هى على ترك اليمين، فليس أمامها سوى الحلف شيئاً آخر، إذ ليس لها الردّ إلى المدّعى. لما مرّ من أنّ مورد الردّ هو الأُمور المالية.

٨- فى حلف الأخرس

ذكروا فى حلفه وجوهاً:

١- بالإشارة المفهمة كغيره من إنشائه عقداً أو إيقاعا و إقراراً.

٢- وضع يده على اسم الله فى المصحف أو يكتب اسمه سبحانه و يُوضع يده عليه.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۴٨۵

٣ تكتب اليمين فى لوح و تغسل و يؤمر بشربه بعد إعلامه. «١»

أمّا الأوّل فليس له دليل خاص سوى ما ورد فى تلبيته و تشهّده و قراءته فى الصلاة بضميمة تحريك لسانه ففى رواية السكونى: عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: تلبية الأخرس و تشهده و قراءته القرآن فى الصلاة، تحريك لسانه و إشارته بإصبع. «٢»

و نسب الأوّل إلى الشيخ فى النهاية و الموجود فيها هو الجمع بين الإشارة و وضع يده على اسم الله فى المصحف «٣» و نسب الثانى إلى ابن حمزة و الموجود فى الوسيلة هو التخيير بين الأوّلين و الثالث. «۴»

و وردت فى صحّة طلاقه، كتابته الطلاق و الإشهاد عليه إذا عرف الكتابة، أو وضع مقنعتها على رأسها و اعتزالها. «۵»

و يمكن أن يقال: إنّ مجموع ما ورد فى مورد الأخرس يدلّ على عدم وجود تعبّد فى المورد و على هذا يلزم انتخاب ما هو أقرب الطرق، و بما أنّ الإشارة مع تحريك اللسان أقرب و أصرح اكتفى على ما فى رواية السكونى بها و لازم ذلك فى خصوص مورد الحلف هو الجمع بين الإشارة المفهمة و وضع اليد على المصحف و لأجل ذلك قال الإمام فى مورد طلاقه بعد ما ذكر الراوى أنّه لا يكتب و لا يسمع كيف يطلقها قال: بالذى يعرف به من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته و بغضه لها.

و أمّا ما ورد فى الصحيحة من كتابة اليمين و غسلها و شربها فيحمل على ما إذا أريد التغليظ.

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۴، الباب ۵۹ من أبواب القراءة، الحديث ۱.

(۳) الطوسی: النهاية: ۳۴۷.

(۴) ابن حمزة، الوسيلة: ۲۲۸.

(۵) الوسائل: الجزء ۱۵، الباب ۱۹ من أبواب مقدّمات الطلاق، الحديث ۱ و ۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۸۶

۹- لا يستحلف إلّا فی مجلس القضاء

۱۰- يشترط المباشرة فی الإحلاف

قال المحقّق: و لا يستحلف الحاكم أحداً إلّا فی مجلس قضائه إلّا مع العذر كالمرض المانع و شبهه فحينئذ يستنيب الحاكم من يحلِّفه فی منزله و كذا المرأة التی لا عادة لها بالبروز إلی مجمع الرجال، أو الممنوعة بأحد الأعذار. «۱»

و قال العلّامة: و لا يستحلفُ الحاكم إلّا فی مجلس حكمه إلّا لعذر فيستنيب الحاكم للمريض و المخدَّرة، من يحلِّفهما فی منزلهما. «۲»

أقول: هنا مسألتان:

۱- هل تعتبر وحدة مجلس الحلف و القضاء، و لا أثر لحلفه فی غير ذلك المجلس، و إن كان مع حضور الحاكم؟

۲- يشترط فی الإحلاف مباشرة القاضی و لا تصحّ الاستنابة إلّا فی موارد خاصّة.

و لو أُريد من المستثنی منه (لا يستحلف الحاكم ...) فی كلام المحقّق، وحدة مجلس القضاء و اليمين يترتّب عليه أمران:

أ: عدم صحّة الاستثناء (إلّا مع العذر ...) إذ لم يسبق لزوم المباشرة حتّی تستثنی منه الموارد الخاصة.

ب: يلزم عدم صحّة الدعوة إلی التغليظ فی الأماكن الشريفة و نحوه إذا كان القضاء فی غيرها

و لما حمل الشهيد الثانی كلًا من المستثنی منه و المستثنی علی بيان أمرين

(۱) نجم الدين الحلی: الشرائع: ۴/ ۸۸.

(۲) مفتاح الكرامة: ۱۰/ ۱۰۳، قسم المتن.

نظام القضاء و الشهادة فی الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۸۷

ماضيين و بذلك صحّح الاستثناء و لكن حمل أمر الوحدة علی يمين غير مغلّظ و أمّا فيها فلا مانع من التعدّد.

و يمكن أن يقال إنّ المراد من مجلس القضاء أو الحكم، مجلس القاضی و الحاكم.

و أنّ العبارتين ناظرتان إلی بيان معنی واحد، و هو كناية عن مباشرته للإحلاف إلّا فی موارد العذر و عندئذ تنسجم العبارة بلا إشكال.

و علی كلّ تقدير فلنأخذ بدراسة المسألتين:

أمّا شرطية وحدة مجلس الحكم و اليمين فلا دليل عليها، إذ لا مانع من أن يُحلِّفه فی مكان أو يسمع بيّنة المدّعی فی مكان، و القضاء فی مكان آخر بعد مباشرة القاضی للأُمور. بل الدليل علی خلافه كما إذا استحلفه فی الأماكن المقدّسة.

أمّا اشتراط المباشرة و أنّ الإحلاف لا يقبل النيابة فقد استدل عليه فی مفتاح الكرامة بعد الإجماع بأنّه المتبادر إلی الفهم من

الاستحلاف فى الروايات و أنّه من تتمة الحكم و لا حكم لغيره لأنه العالم بالكيفية لا غير «١» و استظهرها صاحب الجواهر من قوله: «أضفهم إلى اسمى يحلفون به» الظاهر فى مباشرة ذلك بنفسه فلا تصحّ الاستنابة فيه حينئذ.

يلاحظ على الجميع بأنّ استحصال الإجماع مشكل و على فرض وجوده غير كاشف عن النصّ و استظهار المباشرة من الأدلّة غير تام بشهادة الفرق الواضح بين الحلف و الاستحلاف فإنّ الأوّل لا يقبل الوكالة قطعاً، و ليس الاستحلاف مثله عرفاً. و كونه من تتمة الحكم منظور فيه بل هو من مقدّماته و يجوز التوكيل فى مقدّماته كما إذا احتاج القاضى إلى ترجمة كلامى المدّعى و المنكر، أو كتابة أقاريرهما فى ملفّ، إنّما القضاء هو الحكم بأنّ الحقّ هو الاشتغال أو البراءة.

و الذى يوضح ذلك، أنّه لو لم تقبل الاستنابة، لمّا جازت فى الموارد المذكورة فى

---

(١) السيّد العاملى، مفتاح الكرامة: ١٠/ ١٠٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٨٨

كلام المحقّق إذ لازم عدم القبول، هو مباشرة القاضى بالإحلاف و لو بالذهاب إلى بيوتهم لو لم يكن أمراً حرجياً لا- إلغاء قيد المباشرة.

و الحقّ، أنّه لا دليل على وحدة مجلس الحلف و القضاء، كما لا دليل على المباشرة بل تكفى الاستنابة كما لا يخفى، إذا كان النائب عارفاً بأحكامه.

البحث الثانى فى يمين المنكر و المدّعى

اشارة

عقد المحقق المقصد الرابع للبحث عن أُمور ثلاثة أوّلها اليمين و قد مضى الكلام فيها و ثانيها، البحث فى يمين المنكر و المدّعى، و ثالثها فى اليمين مع الشاهد فلنأخذ بالبحث عن الثانى:

قال المحقق: اليمين يتوجّه على المنكر تعويلًا على الخبر، و على المدّعى مع الردّ و مع الشاهد الواحد. و قد تتوجّه مع اللوث فى دعوى الدم.

الدعوى حقيقة عرفية لا- تحتاج إلى التعريف و هى، لا- تُقبل بحكم الفطرة إلّا مع الدليل قال سبحانه: (قُلْ هَاتُوا بُرْهَانَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ*) (البقرة/ ١١١) و لم يُعهد عند العقلاء إثبات المدّعى باليمين ابتداءً و إلّا لزمت الفوضى إذ ما أكثر مِن يحلف عن كذب فيستولى على أموال الناس عن كذب و دجل و إذا لم تقترن الدعوى بالبيّنة فطبع القضية يقتضى إيقاف المخاصمة حتّى يأتى بالدليل، غير أنّ الشرائع السماوية ابتكرت إنهاء الخصومة بحلف المنكر قال رسول الله: البيّنة للمدّعى و اليمين على من أنكر. و لأجل ذلك لا تتوجّه اليمين إلّا على المنكر نعم استثنى منه الموارد التالية:

١- إذا ردّ المنكر على المدّعى.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٨٩

٢ مع الشاهد الواحد كما سيوافيك تفصيله فى البحث الثالث.

٣- فى دعوى الدم إذا كانت القرائن الظنّية دالّة على كون الرجل قاتلًا مع عدم البيّنة و هى المعروفة بالقسامة.

و هناك موارد لم يذكرها المحقّق نظير:

٤- اليمين الاستظهارى على ما سبق من الادّعاء على الميّت. «١»

۵- إذا ادّعى شيئاً لا يعلم إلّا من قبله كما إذا ادّعت الطمث عند طلاقها.

۶- دعوى الأمين تلف العين المأمونة و قد اشتهر: «ليس على الأمين إلّا اليمين».

۷- دعوى الغاصب التلف.

۸- يمين الزوج الصغير (و مثله الزوجة) إذا بلغ و وقف على أنّ الولى زوّجه من صغيرة توفّيت قبل بلوغه و تركت مالًا فيحلف على أن رضاه بالعقد ليس لأجل التركة بل لو كانت حية لرضى بعقدها و زوجيتها، على ما حرّر فى محلّه.

كان مقتضى القاعدة فى هذه الموارد العمل بأصل البراءة و إيقاف الدعوى حتّى يقيم البيّنة، لكن عدم العمل به، لأجل أحد أمرين: إمّا دلالة القرائن على صدق المدّعى كما فى مورد الشاهد الواحد، أو مورد الدم أو لصيانة الحقوق عن الضياع كما فى سائر الموارد ففى إيجاب الحلف على المؤمن نوع تحفظ على الحقوق.

قال المحقّق: «فلا يمين للمنكر مع بيّنة المدّعى لانتفاء التهمة».

توضيحه: أنّ المحقق علّل توجّه اليمين على المنكر بالأخبار الدالّة على أنّها للمنكر. كما علّل عدم توجّهها على المدّعى إذا كانت معه بيّنة بانتفاء

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

التهمة. و معنى ذلك أنّه لو كانت البيّنة متهمة يجب أن تضمّ إليه اليمين و هو كما ترى، لما عرفت من أنّ التفصيل، قاطع للشركة فالبيّنة للمدّعى، و اليمين على من أنكر و لا تضمّ اليمين إلى البيّنة، إلّا فى مورد، أو موردين.

نعم إذا كانت البيّنة متّهمة، كان على القاضى، الفحص و التفتيش، كما لا يخفى لا ضمّ اليمين إليها.

نعم فى رواية شاذة ضمّ اليمين إلى البيّنة و هى مهجورة «۱» مضافاً إلى إرسال فى السند. كما سبق.

الحلف على الواقع أو على نفى العلم

إذا توجّه الحلف على المنكر، أو على المدّعى يقع الكلام فى كيفية الحلف و انّه هل يحلف على البتّ و القطع، أو على نفى العلم، أو يُفصّل بين فعل نفسه إثباتاً و نفياً فبالبتّ و فعل الآخر إثباتاً و نفياً فبنفى العلم أو يُفصّل فى فعل الغير بين إثباته فبالبتّ، و نفيه فبنفى العلم، وجوه:

قال الشيخ فى الخلاف: الحالف إذا حلف على فعل نفسه حلف على القطع و البتات نفياً كان أو إثباتاً و إن كان على فعل غيره فإن كان على الإثبات كانت على القطع و إن كانت على النفى كانت على نفى العلم و به قال الشافعى. و قال الشعبى و النخعى كلّها على العلم. و قال ابن أبى ليلى كلّها على البتّ.

قال: دليلنا أنّ النبيّ صلَّى الله عليه و آله و سلَّم حلّف رجلًا فقال: قل و الله ما له عليك حقّ، فلمّا كان على فعل نفسه استحلفه على البتّ، و لأنّها إذا كانت على نفسه احاط علمه بما يحلف عليه، فكُلِّف بما يقدر عليه، و هكذا إذا كانت على الإثبات على فعل الغير لأنّه لا يثبت شيئاً حتّى يقطع به، فإذا كانت على النفى لفعل الغير لم يحط علمه

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۸ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۴.

بأنّ الغير لم يفعل كذا لأنّه قد يفعله و لا يعلم. «۱»

هذا التفصیل و إن کان حسناً فی بادئ النظر، لکن لا یخلو من إشکال، فإنّ الإنسان و إن کان بصیراً علی نفسه و فعله، لکن ربّما ینسی ما قام به، فی مجال الإثبات و النفی و إلزامه علی الحلف علی الواقع مع عدم استحضاره له کما تری، کما أنّه ربّما یقف علی فعل الغیر إثباتاً و نفیاً کما إذا بیّت مع زید و شاهد أنّه لم یؤدّ النفل أو الفرض. أو الدین أو الرهن و علی ذلک فلا بدّ من مقیاس آخر، یعیّن کیفیة الحلف.

و هناک قول رابع و هو الفرق بین مورد یسهل الاطّلاع علی الواقع، فبالبتّ و ما یعسر علیه فبنفی العلم، من غیر فرق بین الحلف علی فعل الشخص أو فعل الغیر.

کیفیة الحلف تتبع کیفیة الإنکار

و الذی یمکن أن یقال أنّ وزان الیمین فی مقام الإنکار، وزان البیّنة فی مجال الإثبات، فکما أنّه یشترط فی الاحتجاج بالبیّنة مطابقتها، للمدّعی بأن تثبت ما یدعیه المدّعی فهکذا الحلف فالمنکر، یُحتج بحلفه علی صدقه فی الإنکار، فلا بدّ أن یکون مطابقاً، لإنکاره حذوَ مطابقة البیّنة للادّعاء. و علی ضوء ذلک فلو کان الإنکار متعلّقاً بالواقع بمعنی أنکر أن یکون مدیوناً کذلک، فعلیه الحلف علی البتّ و القطع، فلو قال المدّعی: بعتُک شیئاً بثمن کذا أو أقرضتک کذا أو جنیتَ علیّ کذا، و أجاب المنکر لم یکن واحد منه، فیحلف علی البتِّ و الیقین، و علی عدم وقوع شیء منه لما ذکرنا من أنّ شأن الیمین تأکید ما ینکره المنکر، کما أنّ شأن البیّنة إثباتُ ما یدّعیه المدّعی فلا محیص عن التطابق.

و لو کان الإنکار متعلّقاً بنفی العلم و أنّه لا یذکر شیئاً و کان المدّعی یکذِّبه،

---

(۱) الطوسی، الخلاف: الجزء ۳، کتاب الشهادات، المسألة ۳۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴۹۲

و یدّعی علمَه بالواقع، فعلیه الحلف علی نفی العلم.

و لو صدّقه علی عدم علمه و أنّه صادق فی قوله: «أنّه غیر ذاکر»، فیسقط الحلف لعدم الحاجة إلیه فصارت الأقسام ثلاثة یحلف فی واحد علی البتِّ، و فی واحد آخر علی عدم العلم، و فی ثالث یسقط الحلف بتصدیق المدّعی، عدم ذکْر المنکر.

و علی ما ذکر من أنّ وزان یمین المنکر، وزان بیّنة المدّعی، تستغنی المسألة عن إقامة أیّ دلیل.

و احتمل المحقّق الأردبیلی فی صدر کلامه کون الواجب هو الحلف علی البتّ، مطلقاً لأنّه الوارد دون غیره حیث حلَّفَ أمیر المؤمنین الأخرس علی عدم ثبوت الحقّ علیه، لا علی نفی العلم. «۱» و کذا ما تقدّم من الدعوی علی المیّت مع البیّنة فإن الحلف هناک کانت علی الثبوت و الجزم. «۲» و ما تقدّم فی صحیحة ابن أبی یعفور حیث حلف أن لا حقّ له قبله. «۳»

ثمّ إنّه رتّب علی ما ذکره أنّه لو قال المنکر: إنّی ما أحلف علی عدمه فانّی ما أعلم، بل أحلف علی عدم علمی بثبوت حقّک فی ذمّتی، لا یکفی بل یؤخذ بالحقّ بمجرّد ذلک حینئذ إن قیل بالقضاء بالنکول، أو بعد ردّ الیمین علی المدّعی إن لم نقل به ثمّ احتمل عدم القضاء بالنکول و إن قیل به فی غیره بل یجب الردّ، بل احتمل الاکتفاء فی الإسقاط بیمینه علی عدم علمه بذلک للأصل. «۴»

یلاحظ علیه أوّلًا: بأنّ الروایات المذکورة لا تثبت ضابطة کلیة، فإنّ المورد فیها قابل للحلف علی الواقع فلا تکون دلیلًا علی ما لا یقبل.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۳ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

(۴) الأردبیلی، مجمع الفائدة: ۱۲/ ۱۹۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴۹۳

و ثانیاً: کیف یمکن الحکم بالنکول إذا لم یحلف علی الواقع لعدم قدرته علی الحلف؟ أو کیف یمکن أن یردّ الیمین الّتی لیس مالکاً لها، فإنّ القضاء علیه بالنکول أو بالردّ، ثابت، فیما إذا تمکّن من الحلف و لم یحلف أو لم یردّ، لا ما إذا لم یتمکّن؟

نعم لو ردّ المنکر الحلف علی المدّعی فیما یصحّ له الحلف فلیس للمدّعی إلّا الحلف علی البتّ، لأنّه یرید أن یتصرّف فی مال الغیر، و لا یتصرّف فیه إلّا بالعلم بکونه محقّاً. و کم فرق بین المنکر الذی ربّما یُکتفی فیه بالیمین بعدم العلم، و المدّعی الذی لا یکتفی فیه إلّا بالحلف البتّ، فإنّ المنکر معه أصل البراءة، و هو بیمینه مدعم له، بخلاف المدّعی، فالأصل مخالف لادّعائه و لا یعدل عن الحجّة إلّا بالحجّة أی العلم بالاشتغال.

الحلف البتّ اعتماداً علی الأصل

اشارة

ثمّ إنّ الوارد فی غیر واحد من الروایات، عدم الحلف إلّا عن علم، ففی صحیح هشام بن سالم عن أبی عبد الله: «لا یحلف الرجل إلّا علی علمه» «۱» و فی خبر أبی بصیر عن أبی عبد اللّه علیه السلام قال: «لا یستحلف الرجل إلّا علی علمه» ۲ و غیرهما. و الکل متّفق علی أنّ الرجل یحلف أو یستحلف علی ما علم أو بمقدار ما علم.

و علی ضوء هذا فلا- یحلف إلّا عن علم أو ما نزّله الشارع منزلة العلم، و جعله حجّة أو أمضی عمل العقلاء به لأجل کونه طریقاً إلی الواقع، فیشمل ما إذا قامت البیّنة علیه، أو خبر العدل علی القول بحجّیته فی الموضوعات أو الید و قد ورد بها النصّ فی حدیث حفص بن غیاث ۳ و أمّا الحلف اعتماداً علی أصالة

---

(۱) ۱ و ۲ الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۲۲، من أبواب کتاب الإیمان، الحدیث ۲۱ و انظر الحدیث ۳ و ۴ من هذا الباب.

(۲) ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۵، من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۴۹۴

الصحّة أو الاستصحاب فمشکل جدّاً و إن قال المحقّق: و تجوز الشهادة علی الاستصحاب کما سیوافیک فی بابها.

فروع تمرینیة

ذکر المحقّق فی الشرائع و الشهید فی المسالک و النجفی فی الجواهر فروعاً تعدّ مسائل تمرینیة بالنسبة إلی الضابطة الّتی قدّمها المحقّق و غیره لکیفیّة الحلف و الجمیع تبتنی علی الفرق بین فعل النفس، فبالبتّ و فعل غیره فبنفی العلم خلافاً لما حققناه و لأجل عدم صحّة الضابطة ندرس هذه الفروع و نأتی بما ذکره القوم بنصوصه ثمّ نذکر ما هو المختار.

قال المحقّق:

۱- لو ادّعی علیه ابتیاع شیء أو قرض أو جنایة فأنکر.

۲- لو ادّعی علی أبیه المیّت.

۳- لو ادّعى قبض وكيله ما عليه من الدين.

فذكر: فى الأوّل انّه يحلف على الجزم و فى الثانى لم يتوجّه عليه اليمين بالبتّ ما لم يدَّع عليه العلم، فيكفيه الحلف أنّه لا يعلم و مثله الثالث.

و ما ذكره مطابق لما اختاره من الفرق بين فعل النفس فيحلِف على البتّ، و فعل الغير، فلا يحلف إلّا على نفى العلم و أمّا على ما ذكرناه فتتبع كيفيةُ الحلف، كيفيةَ الإنكار من غير فرق بين فعل النفس و فعل الغير فيصحّ فى الأوّل، الحلف على نفى العلم، إذا قال لا علم لى بما تقول، و فى الثانى و الثالث، على نفى الواقع، إذا أنكر كون أبيه جانياً أو وكيله آخذاً، و أنّه عالم بالعدم كما ربّما يتفق. و هذه الفروع هى الّتى ذكرها المحقّق و إليك ما ذكره الشهيد الثانى و غيره:

۴- لو ادّعى عليه أنّ عبده جنى على المدّعى ما يوجب كذا فأنكر قالوا فيه وجهان:

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۹۵

أحدهما: أنّه يحلف على نفى العلم لأنّه حلف متعلّق بفعل الغير.

الثانى: أنّه يحلف على البتّ لأنّ عبده ماله و فعله كفعل نفسه و لذلك سُمِعَتْ الدعوى عليه.

و ربّما بنى الوجهان على أنّ أرش الجناية يتعلّق بمحض الرقبة أم يتعلّق بالرقبة و الذمّة جميعاً حتّى تُتبعَ «۱» بما فضُل بعد العتق فإن قلنا بالأوّل حلف على البتّ لأنّه يحلف و يخاصم لنفسه و إن قلنا بالثانى فعلى نفى العلم لأنّ للعبد على هذا ذمّة تتعلّق بها الحقوق، و الرقبة كالمرتهنة بما عليه «۲»

لا يذهب عليك أنّ بناء الأحكام الشرعية على هذه الوجوه لا يصحّ على أُصولنا فالأولى أن يقال إنّ كيفية الحلف تتبع كيفية الإنكار. سواء عدّ فعلُ العبد فعلَ نفسه أو لا، إذ لو لم يكن عالماً بالواقع و افترضنا كون فعله فعل نفسه كيف يحلف على البتّ، و لو افترضنا علمه به يحلف على الواقع، و إن لم يكن فعلُه، فعلَ المولى.

۵- ما إذا ادّعى عليه أنَّ بهيمته اتلفت زرعاً أو غيره حيث يجب الضمان بإتلاف البهيمة فأنكر قيل يحلف على البتّ لأنّ البهيمة لا ذمّة لها، و المالك لا يضمن بفعل البهيمة و إنّما يضمن بالتقصير فى حفظها و هذا أمر يتعلّق بنفس الحالف.

و الظاهر عدم الفرق بين كون مصبّ الدعوى تقصيره فى حفظها، أو إتلافها الزرع أو غيره مع اجتماع سائر شروط الضمان فالإتلاف فى كلتا الصورتين يستلزم الضمان فعليه الحلف، فتتبع كيفية الإنكار.

---

(۱) المسالك: ۲/ ۴۱۴، الظاهر أنّ الفعل مؤنث مبنىّ للمفعول و الضمير يرجع إلى الذمّة أى تكون ذمّة العبد هى المسئولة لأرش الجناية الزائد على قيمة العبد. فالمولى هو المسئول بمقدار قيمته، و أمّا الزائد عليها فعلى ذمّة العبد يؤديها بعد العتق.

(۲) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۱۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۴۹۶

۶- لو نصب البائع وكيلًا ليقبض الثمن و يُسَلِّمَ المبيع فقال له المشترى أنّ موكّلك أذن فى تسليم المبيع و أبطل حقّ حبس المبيع و أنت تعلم فوجهان أنّه يحلف على نفى العلم و يديم الحبس إلى استيفاء الثمن لأنّه حلف على فعل الغير، و الثانى يحلف على البتّ لأنّه يثبت لنفسه استحقاقَ اليد على المبيع.

و أنت تعلم، أنّه إذا أنكر الوكيل إذن الموكّل من رأس لما ذا يحلف على نفى العلم، ثمّ كيف يحلف على البتّ فيما إذا لم يكن واقفاً على الواقع، و الحقّ أنّ كيفية الحلف تتبع كيفية الإنكار.

۷- لو طولب البائع بتسليم المبيع فادّعى حدوث عجز عنه و قال للمشترى: أنت عالم به، قيل يحلف على البتّ لأنّه يستبقى بيمينه وجوب تسليم المبيع إليه، و يحتمل الحلف على نفى العلم لأنّ متعلّقه فعل الغير.

و فى كلا الوجهين ما لا يخفى، لأنّه كيف يحلف بالبتّ على نفى العجز، إذا لم يكن له علم عليه، أو لما ذا يحلف على نفى العلم، بعدم العجز، إذا كان عالماً بالعجز.

٨- إذا مات عن ابن فى الظاهر فجاء آخر فقال: أنا أخوك فالميراث بيننا، فأنكر قيل يحلف على البتّ لأنّ الاخوة رابطة جامعة بينهما، و يحتمل قويّاً حلفه على نفى العلم. «١»

و يعلم ضعفه ممّا ذكرناه فى الفروع السابقة و الميزان هو ما ذكرناه ثمّ إنّ المحقّق ذكر فروعاً قد تبيّن أو تقدّم حكمها و قال:

١- أمّا المدّعى و لا شاهد له فلا يمين عليه: لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم البيّنة للمدّعى و اليمين على من أنكر «٢» لما تقدّم من أنّ التفصيل قاطع للشركة.

---

(١) زين الدين العاملى: المسالك: ٢/ ٤١٤.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٣، من أبواب كيفية الحكم.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٤٩٧

٢ إذا نكل المدّعى عليه عن الحلف أو ردّ، تتوجّه اليمين على المدّعى، و يحلف على الجزم. و قد مضى ما هو الحقّ و أنّه لا يكفى النكول، بل يتوقّف على الردّ و لا يكفى الحلف على نفى العلم، لأنّه يدّعى الحقّ على الطرف الآخر على وجه الجزم فيحلف طبق ادّعاءه، و بعبارة هو يدّعى أمراً على خلاف الأصل فلا يعدل عنه إلّا بحجّة قطعية.

٣- لو ردّ المنكر اليمين، ثمّ بذلها قبل الحلف، و قد مضى الكلام فيه. «١»

ما هو المحلوف عليه

اشارة

قد عرفت انّه يشترط أن يكون الحلف مطابقاً للإنكار من حيث البتّ و عدمه و لا نعيد، و يقع الكلام فى مطابقة المحلوف عليه لأحد الأمرين: ادّعاء المدّعى، أو جواب المنكر قبل الحلف أو عدمها، فهناك احتمالات ثلاثة:

الأوّل: الحلف وفق الادّعاء

لو ادّعى عليه أمر مطلق كما إذا قال: لى عليك مائة دينار فيجب أن يكون المحلوف عليه نفس ما جاء فى كلام المدّعى و أمّا إذا قال لى: عليك من ثمن مبيع أو أُجرة أو غصب كذا دينار، فيلزم أن يكون المحلوف عليه وفقَ ما ادّعى عليه، سواء أجاب فى مقام الإنكار، بنفى المسبب أى الاستحقاق من دون ذكر أىّ سبب، أو نفى السبب كما إذا قال لم أغصب أو لم أستأجر.

و هذا الاحتمال و إن لم يذكره المحقّق و شرّاح الشرائع لكنّه أوفق بمقام القضاء فإنّه أمر عرفى فإذا ادّعى عليه شىء فالجواب الحقيقى لدى العرف، هو نفى ما ادّعى عليه و لو أحلفه الحاكم، يجب أن يحلف على نفى ما ادّعى عليه و لو افترضنا أنّه أجاب بنفى الاستحقاق، فيعدّ الجواب انحرافاً عن الجواب الحقيقى،

---

(١) لاحظ ص ٤١٣ من كتابنا هذا.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۹۸

فلا یصحّ الحلف علیه بعد الاعتراف بالانحراف.

و مثله ما إذا ادّعی علیه بالجنایـة، فالإجابة بنفی الاستحقاق لا یعدّ جواباً حقیقیاً، فکیف یصحّ الحلف علیه. و هذا الوجه و إن لم یذکر فی کلامهم لکنّه هو القدر المتیقّن من أدلّة الحلف، و لیس فی الروایات دلیل خاص حتّی یؤخذ بمضمونه.

و أمّا روایـة تحلیف الأخرس الـذی ادّعی علیه دین و لم یکن للمـدّعی بینـة، فحلَّفه الإمام بالنحو التالی: لیس قبل فلان أعنی الأخرس حقّ، و لا طلبة بوجه من الوجوه و لا سبب من الأسباب. فلا یعدّ مثل ذلک مخالفاً لما ذکرناه فإنّه نفی جمیع الأسباب التی منها الدین. و النفی الاستغراقی أتمّ فی نظر العرف من نفی خصوص الدین علی أنّک عرفت ضعف الحدیث.

هـذا و لکن الـذی یصـدّنا عن الافتاء به، هو أنّ إلزام المنکر، علی الإجابة وفقَ الادّعاء ربّما یجرّ الضـرر، کما إذا ادّعی المدّعی، الدین علیه و کان المنکر قـد أدّاه بلا شاهـد. فلو أُلزم علی الحلف علی وفق الادّعاء بأن یقول: «ما استدنت» یلزم الحلف علی الکـذب، و إن اعترف بالـدین لکن ضمّ إلیه القول بالأداء، یلزم الانقلاب، و یکون المنکر مدّعیاً، و لم یتوجّه الیمین إلیه ابتداءً إلّا إذا ردّ المدّعی إلیه الیمین.

فلأجل ذلک المحذور هناک طریقان:

۱- یحلف علی نفی الادّعاء لأجل الضـرورة لدفع الضرر. ۲ لیس للقاضـی إلزام المنکر رعایة ادّعاء المدّعی، و الجواب و الحلف علی إنکاره.

الثانی: الحلف وفق الجواب

إنّ المنکر قبل أن یحلف، یجیب بشیء، ثمّ یؤمر بالحلف و هناک صور نذکرها:

۱- إذا لم یذکر السبب فی الادّعاء و لا فی الجواب بأنّ لی علیک مائة دینار

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۴۹۹

و أجاب بنفی الاستحقاق، فلو حلف علی نفی الاستحقاق کان الحلف وفق الجواب، بل وفق الادّعاء أیضاً.

۲- إذا ذکر السبب کالقرض و الغصب، و نفی السبب المدّعی فی الجواب، و حلف علی نفی السبب الوارد فی الجواب، کان الحلف وفق الجواب بل الادّعاء.

۳- إذا ادّعی غصباً أو إجارة و أجاب بنفی الاستحقاق، کان علیه رعایـة الجواب و الحلف علی نفی الاستحقاق لکون الملاک کون الحلف وفق الجواب و لا خلاف فی هذه الصور الثلاث.

۴- نعم إذا ادّعی علیه سبب خـاص کـالغصب و الإجارة و أجاب بنفی السبب الخاص و حلف علی نفی الاستحقاق فنقل عن الشیخ لزوم کون الحلف علی وفق الجواب، و لاـ یکفی نفی الاستحقاق و لکن عبـارته فی المبسوط لا تـدلّ علی التعیین بل ذکر القولین بلا ترجیح قال:

إذا ادّعی علیه رجـل حقّاً بجهـة خاصّـة بأن یقول: غصـبتنی علیّ کـذا أو اشتریتُ منه کـذا أو أودعتُه کـذا فإن قال: لا حقّ له علیّ فإنّه یحلف علی ذلک و لا یحلف علی أنّه ما غصب و ما أودعِ. (الصورة الثالثة فی کلامنا).

فإن قال الجواب: ما غصبتُ و لا أُودعتُ قال: قوم یحلف علیه (و هو الذی نسبه المحقّق إلی الشیخ) و قال آخرون: یحلف علی أنّه لا حقّ له علیه. «۱»

الثالث: كفاية الحلف على نفى الاستحقاق

و هذا خيرة المحقّق قدّس سرَّه، قال فى حقّ الصورة الرابعة: و إن اقتصر على نفى الاستحقاق كفى. و قدرته على الحلف على الخاص (كما يظهر من جوابه قبل الحلف) لا يثبت تعيّنه و ربّما يتعلّق الفرض بتغيّر المحلوف عليه.

---

(۱) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۲۰۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۰۰

صيرورة المنكر مدّعياً

قال: و لو ادّعى المنكر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب المنكر مدّعياً، و المدّعى منكراً فيكفى المدّعى (الأوّل) اليمين على بقاء الحقّ و لو حلف على نفى ذلك كان آكد لكنّه غير لازم.

هذا هو المعروف المطابق للقاعدة و لا كلام فيه إنّما الكلام فى بعض صور المسألة و هو أنّه إذا أتى المدّعى بالبيّنة أو استمهل القاضى فى إحضار البيّنة، و إلّا فيكون مدّعياً و المدّعى الأوّل منكراً و لكن للقاضى إحلاف المدّعى الأوّل رضى المدّعى الثانى به أو لا، أمّا إذا رضى فواضح و أمّا إذا لم يرض و أراد إيقاف الدعوى بحجّة أنّه صار مدّعياً و الحلف حقّ للمدّعى أوّلًا و له الانصراف عن دعواه و إيقافها ثانياً، فلا تسمع لبطلان دليليه أمّا الأوّل فلما مرّ من أنّ الحلف حكم شرعى و أداة شرعية لإنهاء الخصومة، و المخاطب به هو القاضى، فله طلب البيّنة من المدّعى، و الحلف من المنكر حتّى تنتهى الخصومة و أمّا كون الاستحلاف حقّاً للمدّعى فلم يثبت كما مرّ نعم له أن يرغب عن استمرار المحاكمة و يرفع اليد، لا أنّه حقّ له و سيأتى الكلام فى إعراضه عن استمرارها فى المقام.

و ما فى صحيحة عبد الله بن يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا رضى صاحب الحقّ بيمين المنكر لحقّه، فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله ذهبت اليمين بحقّ المدّعى فلا دعوى له» «۱» فليس ظاهراً فى أنّه حقّ للمدّعى، بل مفاده أنّه لو أراد استمرار المحاكمة، فله إحلافه لا أنّ الإحلاف حقّ له غاية الأمر له الإعراض عن استمرارها فينتفى الحلف لا لإعراض صاحب الحقّ عن حقّه، بل لانتفاء الموضوع.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۹ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱، و قريب منه حديث النخعى فى الباب ۱۰ من تلك الأبواب الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۰۱

و أمّا الثانى أى الإعراض عن الاستمرار فى المقام فالقدر المتيقّن منه ما إذا كان المدّعى بادئاً، لا ما إذا كان منكراً، ثمّ صار مدّعياً بادّعاء سقوط الحقّ و بعبارة أُخرى، حقّ الإعراض لمن يدّعى ثبوت الحقّ، لا سقوطه و إلّا يلزم الفوضى فى القضاء الإسلامى و كلّ منكر بسلوك هذا الطريق يُنهى المخاصمة لصالحه و هو كما ترى.

كلّما تسمع الدعوى بلا بيّنة يتوجه معه اليمين

إنّ الدعوى على قسمين: قسم لا تسمع بلا بيّنة كالحدود، فليس فيها اليمين و قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «ادرءوا الحدود بالشبهات، و لا شفاعة و لا كفالة و لا يمين فى حد». «۱» و قسم تسمع الدعوى بلا بيّنة و يجب على المدّعى عليه، الجواب

بنحو من الأنحاء السابقة: الإقرار، الإنكار، أو عدم العلم به.

و لكن قد سبق انّ سماع الدعوى على وجه الإطلاق و لو فيما دلّت القرائن على بطلانها مشكل جدّاً مثلًا لو ادّعى أرذل الناس، حقّاً على أشرفهم بحيث تشهد مكانة المدّعى عليه على أنّه أرفع من الدعوى التى أُقيمت عليه، فما دلّ على سماع الدعوى منصرف عن هذه الصورة و ربّما يكون غرض المشتكى من إقامة الدعوى إهانة الطرف الآخر.

إذا عرفت ذلك فاعلم أنّه إذا توجّه اليمين على المنكر، فله أن يحلف، و إلّا فإن نكل أو ردّ اليمين على المنكر، فيحلف المدّعى. و هذا ممّا لا غبار عليه فى الجملة:

ثمّ إنّ هنا اختلافاً فى القضاء باليمين فى موردين:

الأوّل: فى القضاء باليمين المردودة مطلقاً أو فى بعض الموارد.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب مقدّمات الحدود، الحديث ۴ و لاحظ روايات الباب.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۵۰۲

توضيحه: أنّ واجب المدّعى تارة هو الإتيان بشاهدين و لا يكفى الإتيان بشاهد و امرأتين، و أُخرى، يكفى كلّ واحد منهما و عندئذ يقع الكلام فى يمينه فهل تقوم يمينه، مقامها فى كلا القسمين أو تقوم مكان القسم الأخير و أمّا ما لا يقضى فيه إلّا بشاهدين، فلا تكفى فيه اليمين المردودة.

الثانى: هل تختصّ اليمين المردودة بالأموال أو تعمّ الحقوق؟ و إليك الكلام فى الأمرين:

أمّا الأوّل، فقد قال الشيخ:

إذا نكل المدّعى عليه، ردّت اليمين على المدّعى فى سائر «۱» الحقوق و به قال الشعبى و النخعى و الشافعى. و قال مالك إنّما تردّ اليمين فيما يحكم به بشاهد و امرأتين دون غيره من النكاح و الطلاق و نحوه.

ثمّ استدلّ الشيخ بما ورد فى قتل عبد الله بن رواحة فى خيبر لما ادَّعت الأنصار على أنّ اليهود قتلوه فقال لهم النبىّ: تحلفون خمسين يميناً و تستحقون دم صاحبكم فقالوا من لم نشاهده كيف نحلف عليه فقال: «يحلف لكم اليهود خمسين يميناً فقالوا إنّهم كفّار» فنقل النبى من جانب المدّعى إلى جانب المدّعى عليه و هذا حكم بردّ اليمين عند النكول و كانت الدعوى فى قتل العمد. و الدماء لا يحكم فيها بشاهد و امرأتين. «۲»

أمّا الثانى: فهل هى حجّة فى مورد الأموال، أو يعمّها و الحقوق كدعوى العتق و النسب و النكاح و الطلاق و الرجعة و الفيئة فى الإيلاء ذهب المحقق إلى حجّيتها فى الأموال و الحقوق و قال: «و كلّ ما يتوجّه الجواب عن الدعوى فيه، يتوجّه معه اليمين» أى كلّ مورد تسمع الدعوى بلا بيّنة و يستحقّ بها الجواب عن الخصم يتوجّه اليمين على المنكر، و الحقوق كالأموال تسمع فيها الدعوى بلا بيّنة.

---

(۱) الظاهر انّ السائر: بمعنى الجميع.

(۲) الطوسى: الخلاف: الجزء ۳، كتاب الشهادات، المسألة ۳۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۵۰۳

و قال العلّامة: و يحلف الكامل فى إنكار المال و الولاء و الرجعة و النكاح و الظهار و الإيلاء.

قال السيّد العاملى فى شرح عبارة العلّامة: أنّه يحلف فى كلّ ما تتوجّه فيه الدعوى و تصحّ فى حقوق الناس و يُلْزِم المدّعى عليه بالجواب بالإقرار و الإنكار بحيث لو أقرّ بمطلوبها ألزم به إلى أن قال: و نبّه بهذه الأمثلة على خلاف بعض العامّة لأنّ منهم من لا يرى اليمين فى غير المال و منهم من لا يراها إلّا فيما لا يثبت إلّا بشاهدين ذكرين. «۱» و قد عرفت ضعف التفصيل فيه و أمّا التفصيل بين

الأموال و الحقوق، فترده إطلاقات الباب. «۲» نعم ورد فی بعض روایات الباب إنّ الله حکم فی دمائکم بغیر ما حکم به فی أموالکم، حکم فی أموالکم إنّ البیّنة علی المدّعی، و الیمین علی المدّعی علیه ... «۳» لکن المراد من الأموال هو غیر الدماء بشهادة أنّ الیمین علی المدّعی مختصّة بالدماء.

استدل الخصم علی أنّها مختصّة بالأموال، قالوا إنّ المطلوب من التحلیف، الإقرار أو النکول لیحکم به، و النکول نازل منزلة البذل و الإباحة و لا مدخل لهما فی هذه الأبواب أی غیر باب الأموال.

أقول: ما ذکره اجتهاد فی مقابل الإطلاقات.

و علی کلّ تقدیر، فإنکار النسب و الحلف علیه إنّما تصحّ إذا ترتّب علیه أثر کوجوب النفقة و التحریم و الإرث لا مطلق النسب و أمّا الظهار و الإیلاء، فإن ادّعتهما المرأة فتسمع، لتضمّنها الأثر و هو أنّها تطلب حقّها کالدخول فی أربعة أشهر و یتوجّه علیه الجواب بأحد الوجوه الماضیة و إن ادّعاهما الزوج فتسمع بلا بیّنة لأنّه ممّا یرجع إلیه و من ملک شیئاً ملک الإقرار به.

---

(۱) العاملی، مفتاح الکرامة: ۱۰/ ۱۰۷.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب کیفیة الحکم.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۰۴

و أمّا الطلاق فإن ادّعته الزوجة فلا تسمع بلا بیّنة و یتوجّه الجواب علی الزوج بأحد الوجوه و أمّا إذا ادّعاه الزوج فتسمع بلا بیّنة لأنّه من ملک شیئاً ملک الإقرار به.

و مع ذلک کلّه فالقضاء بالیمین فی مطلق الحقوق ابتداءً و ردّاً لا یخلو من منع و قد أشرنا إلیه سابقاً، و إلیک الإشارة لبعض الموارد الممنوعة:

۱- إذا ادّعی رجل زوجیّة امرأة فأنکرت کان علیها الحلف لا الردّ لأنّ ردّها إلی الرجل تعبیر آخر عن الالتزام بزوجیتها للمدّعی إذا حلف، مع أنّها تعتقد بکونها أجنبیة.

۲- القضاء بنکول المرأة عند الحلف علی عدم کونها زوجة للمدّعی فإنّ القضاء بالنکول علی القول به إنّما یصحّ إذا صحّ الردّ، لا ما إذا کان فی الردّ محذور کما فی المقام فلا یقضی بالنکول.

۳- إذا ادّعی الزوج الرجعة فی العدّة بعد انقضاءها و أنکرت، فلها الحلف و لیس لها الردّ لاشتماله علی المحذور السابق.

۴- إذا ادّعت الطلاق و أنکر الزوج، فلیس للزوج ردّ الیمین فإنّ فی ردّها إلی الزوجة نوع اعتراف بطلاقها و أنّه یجوز لها التزویج من رجل آخر إذا حلفت، مع انّه یدّعی زوجیتها.

فإن قلت: کیف جاز للمنکر ردّ الیمین إلی المدّعی فیما إذا کان المدّعی به دیناً أو عیناً مع أنّ فیه أیضاً نوع اعتراف علی أنّ الحق حقّه و أنّه مدیون ...؟

قلت: إذ غایة ما یلزم من ردّ الیمین إلی المدّعی تخلیة السبیل للمدّعی الحالف لأن یتصرّف فی ماله فلو کان هناک عصیان فإنّما یتوجّه علی المدّعی الحالف، لا علی المنکر الرادّ، و هذا بخلاف ما إذا ردّت المرأة المنکرة للزوجیّة الیمین علی الزوج، فانّ مرجعه إلی تسلیم نفسها للمدّعی للتمتّع المحرّم القائم بها.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۰۵

مسائل سبع:

المسألة الأُولى: فى الدعوى على الوارث

۱- إذا ادّعى على الوارث، بالدين على مورّثه، فصحّة الادّعاء واقعاً تتم بتحقق شروط أربعة:

۱- موت المورّث؛

۲- اشتغال ذمّته بالدين؛

۳- كون المدّعى عليه وارثاً له؛

۴- تركه مالًا فى يده. فلو فُقِدَ واحد من هذه الشروط لما صحّ الادّعاء واقعاً و منه تعلم حال مقام الإثبات، فلا تصحّ إقامة الدعوى عليه، إلّا بادّعاء العلوم الأربعة على الوارث: أنّه عالم بموته، و دينه للمدّعى، و كونه وارثاً له، و تركه مالًا فى يده، و لو جَهل واحداً منها و صدّق المدّعى جهله به لما صحّت إقامة الدعوى عليه.

و هنا سؤال و هو أنّه ما الفرق بين إقامة الدعوى على الميّت، و الدعوى على الوارث، حيث إنّه لا- تتوجّه اليمين على الوارث فى الصورة الأُولى، بخلاف الثانية، فإنّه لا يترك الوارث إلّا باليمين على عدم كون مورّثه مديوناً.

و الجواب واضح، ففى الأُولى يُصدِّق المدّعى، جهلَ الوارث بأحد الشروط السابقة و بالأخص كون المورّث مديوناً فلأجله، لا يتوجّه الحلف على الوارث لعدم النزاع فى عدم علمه و يتوقّف تنجّز الدعوى على البيّنة و حلف المدّعى على ما فى الخبر «۱»، بخلاف المقام فالمدّعى علم الوارث بدينه و سائر الشروط و تصحّ عندئذ إقامة الدعوى عليه و إن لم يكن مع المدّعى بيّنة و لا يمين و لأجل ذلك قال المحقّق: «و لو ساعد المدّعى على عدم أحد هذه الأُمور لم يتوجّه» و قال فى الجواهر:

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۰۶

لم يتوجه له عليه دعوى فضلًا عن اليمين.

۳- إنّ المحقّق حسب مختاره فى المسألة السابقة، فصّل فى كيفية الحلف بين فعل الغير كموته و اشتغال ذمّته بالدين، و فعل النفس ككون المال فى يده، فاكتفى فى الأوّل بالحلف على نفى العلم دون الثانى فألزم الحلف على الميّت، و قال: لو ادّعى عليه العلم بموته، أو بالحقّ كفاه الحلف أنّه لا يعلم. نعم لو أثبت الحقّ و الوفاة و ادّعى فى يده مالًا حلف الوارث على القطع. «۱»

يلاحظ عليه: بما ذكرناه سابقاً و هو أنّ كيفية الحلف تتبع كيفية الإنكار من غير فرق بين فعل النفس و فعل الغير، و كون المحلوف عليه فعل الغير، لا يلازم عدم العلم به، كما أنّ كونه فعل النفس لا يلازم العلم به.

تبريزى، جعفر سبحانى، نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، دو جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ۱۴۱۸ ه ق نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء؛ ج ۱، ص: ۵۰۶

و بما أنّه لا تصحّ إقامة الدعوى على الوارث إلّا بادّعاء العلم عليه، يصحّ الحلف على عدم العلم، حلفاً بتّياً حسب ما يُدّعى عليه. و إلى ما ذكرنا يشير صاحب الجواهر بقوله: «بل لا يبعد فى الوارث و غيره الإلزام بيمين البتّ التى هى الأصل لو فرض الجواب به على وجه ادّعى أنّه عالم بذلك و يترتّب عليه حكم النكول». «۲»

۴- قد علمت أنّ تنجز الدعوى يتوقّف على ثبوت الأُمور الأربعة و علم الوارث به فعندئذ فهل تجب عليه، أيمان متعددة، حسب تعدّد الادّعاء أو تكفى اليمين الواحدة؟ و الظاهر هو الثانى، لكفاية نفى واحد منها فى سقوط الدعوى عن التنجز من دون حاجة إلى التعدّد.

المسألة الثانية: الدعوى فى الحدود

قال المحقق: لا تسمع الدعوى فى الحدود مجرّدة عن البيّنة.

---

(١) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ۹۰.

(٢) الجواهر: ۴۰/ ۲۵۲.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۵۰۷

و ذلك لأنّ من شرائط الدعوى أن يكون المدّعى مستحقاً لموجب الدعوى كأن يكون مالكاً، أو ولياً أو وكيلًا أو وصيّاً على نحو يُصحح إقامة الدعوى و أمّا الحدود فإنّها حقّ اللّه تعالى، و لا صلة لها بالناس، و المستحقّ لم يأذن فى الدعوى و لم يطلب الإثبات بل أمر بالخلاف حيث قال: ادرءوا الحدود بالشبهات. «۱» و قال: فواللّه لتوبته فيما بينه و بين اللّه أفضل من إقامتى عليه الحدّ «۲» و لا يعدّ قبولها مع البيّنة دليلًا على صحّة إقامة الدعوى بل القبول لأجل ثبوتها بها.

و هنا وجه آخر لعدم سماع الادّعاء فى الحدود مجرّداً عن البيّنة، و ذلك لأنّ قبوله بلا بيّنة يستلزم توجّه الحلف على المنكر، مع أنّه تضافرت الروايات على عدم اليمين فى الحدود. «۳»

أقول: كان على المحقّق استثناء موردين:

١- من عليه إصلاح البلاد و تطهيرها من الفساد كالمحتسب المتولّى من السلطان العادل فإنّ وظيفتهم فوق وظيفة المتطوّع للأمر بالمعروف و النهى عن المنكر فإذا شاهدوا دبيب الفساد فى المجتمع، و إن كان تحت الستار، فعليهم سدّ الفساد بالأسباب الشرعية التى منها إقامة الدعوى على رجال العيث و الفساد، لغاية تطهير الأرض من الضلال، فلو لم يكن لغيرهم حقّ إقامة الدعوى، لكن لهؤلاء بما أنّه انيط بهم إصلاح العباد و البلاد، حقّ إقامة الدعوى ثمّ الإتيان بالشهود، و إن لم يكن لغيرهم مثل هذا الحق. نعم إذا لم يكن شهود يخلّى المدّعى عليه سبيله بلا يمين.

و إن شئت قلت: إنّهم أُمناء اللّه فى أرضه و نوّابه بين الناس فهم مأذونون من صاحب الحقّ فى إقامة الدعوى قال الإمام: «اللّهمّ إنّك تعلم أنّه لم يكن الذى

---

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢۴ من أبواب مقدّمات الحدود، الحديث ٢.

(٢) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١۶ من أبواب مقدّمات الحدود، الحديث ٢ و غيره.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢۴ من أبواب الحدود.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۵۰۸

كان منّا منافسة فى سلطان، و لا التماس شىء من فضول الحطام، و لكن لنرى المعالم من دينك، و نظهر الإصلاح فى بلادك فيأمن المظلومون من عبادك، و تقام المعطّلة من حدودك». «۱»

٢- إذا كان العمل المحرّم جناية على المشتكى كما إذا زُنى بها بعنف أو عن طوع و كانت المرأة ذات بعل، فكون حدّ الزنا من حقوق اللّه لا يمنع الزوج عن إقامة الدعوى فى المحاكم و قد عرفت أنّ لولى الصغير إقامة الدعوى لصالحه عند التعدّى عليه، و لو كان الزوج و سائر الناس فى المورد سواء، فكيف جاز له قتل من زنى بزوجته و إن كان الزنا عن طوع من زوجته. «۲»

قال المحقّق: «و لا يتوجّه اليمين على المنكر» و يدلّ عليه غير واحد من الروايات الدالّة على ذلك ففى حديث إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام عن أبيه: «إنّ رجلًا استعدى علياً عليه السلام على رجل فقال: إنّه افترى علىّ فقال علىّ عليه السلام للرجل: أ فعلتَ

ما فعلت؟ قال: لا، ثمّ قال للمستعدى: أ لك بيّنة؟ فقال: ما لى بيّنة فأحلِفه لى فقال على عليه السلام: ما عليه يمين». (۳)

هذا إذا كان الحقّ مختصّاً بالله سبحانه. و أمّا لو كان الحقّ مشتركاً بين الله و الآدمى كالقذف فالظاهر عدم الحلف لإطلاق روايات الباب. فلو ادّعى على رجل أنّه قذفه فأنكر، فلا تتوجّه عليه اليمين، فيكفى عدم الثبوت بالبيّنة ارتفاع أحكام القذف الثلاثة الواردة فى الآية المباركة قال سبحانه: (وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) (النور/ ۴).

---

(۱) نهج البلاغة، الخطبة ۱۲۷، و قد روى نظيره عن سيّد الشهداء الحسين بن على عليهما السّلام. لاحظ تحف العقول: ۱۷۲ طبعة بيروت.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۹، الباب ۲۳ من أبواب القصاص، الحديث ۱.

(۳) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۰۹

و نقل المحقق عن الشيخ فى المبسوط أنّه قال: جاز أن يحلف ليثبت الحدّ على القاذف.

أقول: لم نعثر على كلام الشيخ فى المبسوط و لكن المحكى يحتمل وجهين:

۱- ليس المراد الحلفَ الابتدائى بل الحلف الذى يردّه القاذف، فلو ادّعى على رجل أنّه قذفه، فلو حلف المدّعى عليه (القاذف)، يسقط الحدّ عن ذمّته، و لو ردّ عليه اليمين فحلف ثبت حدّ القذف على المدّعى عليه.

۲- المراد الحلف الابتدائى للمقذوف به، و تصويره هو أنّه استعدى رجل على آخر بأنّه قذفه فلما حضرا لدى الحاكم، فبدل أن يُنكر، ثارت ثورته و ادّعى عليه بالزنا واقعاً فانقلب المنكر مدّعياً، و المدّعى للقذف منكراً لما أُتّهم به فإن حلف المنكر (المقذوف به) يثبت حدّ القذف به و إن ردّ اليمين على المدّعى (القاذف) و حلف يسقط الحدّ عن نفسه، و لا يثبت الزنا على المقذوف به، لأنّها لا تثبت إلّا بأربعة شهداء كما فى الآية.

و ما ذكرنا مجرّد احتمال لكلامه و فى الوقت نفسه غير صحيح.

أمّا الأوّل، أى اليمين المردودة، فليست فى الحدود يمين، حتّى يتوجّه إلى القاذف ثمّ يردّها إلى المقذوف به.

و أمّا الثانى، فإنّ ظاهر الآية أنّ القاذف يحكم بأحكام ثلاثة واردة فى الآية و ليس ورائها حكم آخر، من الحلف المذكور و ردّه كما لا يخفى.

المسألة الثالثة: منكر السرقة يتوجّه عليه اليمين

السرقة مشتملة على حقّ آدمى، و هو ردّ العين أو بدلها عند تلف العين المسروقة، و حقّ إلهى و هو القطع.

أمّا الثانى، فقد رتّب على عنوان السارق و السارقة

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۱۰

قال سبحانه: (وَ السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ وَ اللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ) (المائدة/ ۳۸) و من المعلوم أنّ العنوانين لا يثبتان باليمين، بل الثبوت رهن العلم أو ما أقام الشارع مقامه من الشاهدين.

و أمّا اشتغال ذمّته بردّ العين أو البدل فشأنه شأن سائر الأُمور فيثبت بالبيّنات و الايمان فلو أقام البيّنة، يحكم بها و إلّا يحلف المدّعى عليه و إن ردّ الحلف و حلف المدّعى يثبت الضمان، دون القطع و التفكيك بين المتلازمين إنّما يعدّ محالًا، إذا كان التلازم تكوينياً

كالنـار بالنسبـة إلى الحرارة و الضوء دون مـا إذا كان اعتبارياً، فإنّ إثبات كلّ حكم رهن ثبوت موضوعه، فإذا لم يثبت موضوع القطع، أى عنوان السارق، كان المجال بالنسبة إلى الثانى نفياً إن حلف المدّعى عليه، و إثباتاً إن ردّ اليمين إلى المدّعى و حلف.

و نظير المقام إذا توضّأ بأحد الماءين المشتبهين، فالأعضاء تكون محكومة بالطهارة و الإنسان محكوماً بالحدث أخذاً بالاستصحاب فى كـلّ منهمـا، مع العلم بـأنّ أحـد الاستصـحابين باطـل إذ لو كان الماء طاهراً فهو طاهر الأعضاء و إن كان نجساً، فالأعضاء أيضاً نجسـة. فكيف يحكم باحدى الطهارتين دون الأُخرى؟!

و منه يظهر ما لو أقام شاهداً مع اليمين، فلا يكفى فى ثبوت القطع لعدم ثبوت الموضوع باليمين و لو جزءاً.

المسألة الرابعة: فى طلب اليمين مع إسقاط البيّنة

لو كانت للمدّعى بيّنة فاعرض عنها و التمس يمين المنكر أو قال: اسقطت البيّنة و قنعت باليمين فهل له الرجوع أو لا؟

أقول: هل الاحتجاج بالبيّنة كالاحتجاج بسائر الأسـباب التى يُحتجّ بها العباد على الآخرين أو هو من الحقوق غير القابلة للإسقاط كحقّ الولاية

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۱۱

و الحضانـة أو من الحقوق القابلـة للإسـقاط. فعلى الأـوّلين فالمجـال للاحتجاج بالبيّنـة باق ما لم يحلف المـدّعى عليه، دون الثالث فلو أسقط فلا يرجع إليها.

و الظـاهر من الأدلّـة كون الاحتجاج بها من باب الحكم الشـرعى بـدليل التعبير عنه بلفظـة «على» قال رسول اللّه صـلَّى الله عليه و آله و سلَّم: البيّنـة على مـن ادّعى، و اليمين على من ادّعى عليه و مثله غيره «۱» فإذا كان الاحتجاج حكماً شـرعيّاً فلو لم يقم البيّنـة، فلا يحتج بها، لعـدم الموضوع فإذا أقام و لو بعـد الإعراض و الإسـقاط، فالحكم يتبع وجود موضوعه و لو بعـد حين على أنّك قـد عرفت أنَّ من جازت له، إقامة الدعوى، تجوز له إقامة البيّنة و طلب الحلف مخيّراً بينهما.

المسألة الخامسة: فى الموارد التى تقبل دعوى المدّعى بلا بيّنة

إنّ الضابطـة فى القضاء الإسـلامى هى البيّنة على المدّعى، و اليمين على المدّعى عليه «۲» و معناه أنّه لا تقبل الـدعوى من المدّعى بلا بيّنة، لكن استثنيت موارد، تقبل فيها الدعوى من المدّعى بلا بيّنة من غير فرق بين وجود المعارض و عدمه، و وجود الدعوى فى البين و عـدمه لا كلام فى القبول بلا بيّنـة إنّما الكلام فى القبول بلا يمين أيضاً، ظاهر المحقّق و غيره هو عـدم الحاجة إليه لكنّه غير تام كما سيوافيك و قد ذكر المحقّق موارد ثلاثة، و ذكر الشهيد فى المسالك موارد أُخر نأتى بها:

۱- لو ادّعى صاحب النصاب إبـداله فى أثناء الحول لينفى عنه الزكاة قُبل قوله و قد روى عن الصادقين عليمها السَّلام: «كل ما لم يحل عليه الحول عند ربّه فلا شىء

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱، ۲، ۳، ۵، ۶.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۱۲

عليه فيه، فاذا حال عليه الحول وجب عليه» «۱».

۲- لو خرص علیه فادّعی النقصان فی الثمرة المخروصة لینقص عنه ما قُدِّر علیه من الزکاة.

۳- لو ادّعی الإسلام قبل الحول لیتخلّص من الجزیة بناء علی وجوبها علیه إذا أسلم بعد الحول «۲».

۴- لو ادّعی بنوّة الصغیر و أنّ اللقیط ابنه و لا منازع.

۵- لو ادّعی کونه من أهل الکتاب لتؤخذ منه الجزیة.

۶- لو ادّعی تقدّم الإسلام علی الزنا بالمسلمة حذراً من القتل.

۷- لو ادّعی فعل الصلاة و الصیام خوفاً من التعزیر.

۸- لو ادّعی إیقاع العمل المستأجر علیه إذا کان من الأعمال المشروطة بالنیّة کالحجّ و الصلاة.

۹- دعوی الولی إخراج ما کلّف به من نفقة و غیرها.

۱۰ دعوی الوکیل بفعل ما وکّل فیه.

۱- ۱ دعوی مالک الدار لو نازعه المستعیر و المستأجر فی ملکیة الکنز علی قول مشهور:

۲- ۱ دعوی من أحرز الطعام، أنّه للقوت و إن زاد، لا للاحتکار.

۳- ۱ قول المدّعی مع نکول المنکر علی القول بالقضاء به.

۴- ۱ لو ادّعی أنّه أعطی الزائد عن الحقّ اشتباهاً لا للتبرّع.

۵- ۱ دعوی المحلّلة الإصابةَ.

---

(۱) الوسائل: الجزء ۶، الباب ۸ من أبواب زکاة الأنعام، الحدیث ۱.

(۲) و قد ذکر المحقّق فرعاً آخر یرجع إلیه بعد الفراغ عن الأمثلة المذکورة فی الشرائع و المسالک.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۵۱۳

۱۶ دعوی المرأة فیما یتعلّق بالحیض و الطهر فی العدّة و غیرها.

۷- ۱ دعوی الظئر أنّه الولد.

۸- ۱ لو ادّعی المتّهم بالسرقة بأنّ المالک وهبه لیسلم من القطع و إن ضمن المال، لاعترافه بأنّه مال الغیر و لکن یدّعی انتقاله إلیه بالهبة فیضمن ما لم یثبت الهبة، لکنّه یخلّص بهذا، نفسه عن قطع الید.

۹- ۱ لو ادّعی الإکراه أو الجهالة مع إمکانهما فی حقّه فی سبب الحدّ.

۲۰ لو أنکر القذف بناء علی عدم سماع دعوی مدّعیه بدون البیّنة.

۱- ۲ لو ادّعی ردّ الودیعة.

۲- ۲ لو ادّعی تقدّم العیب مع شهادة الحال «۱» إلی غیر ذلک من الأمثلة.

ثمّ إنّ قبول قول مدّعی هذه الأُمور إذا لم یکن هناک معارض و منازع ممّا لا إشکال فیه، إنّما الکلام فیما إذا کان هناک معارض و منازع فظاهر المحقّق و غیره أنّه یقبل قوله بلا یمین أیاً.

أقول: إنّ القضاء البات فی هذه المسائل یتوقّف علی دراسة کل مورد مستقلًا و لو اغمضنا عن ذلک، فنقول: إنّ هذه الموارد تختلف أحکامها فمنها ما لا تقبل الدعوی إلّا بالبیّنة، و لا تکفی نفس الدعوی و لا ضمّ الیمین إلیها و منها ما لا تقبل إلّا بالیمین و هو أکثرها و منها، ما تقبل، بلا بیّنة و لا یمین لخصوصیة موجودة فی المورد کما إذا استظهر الحال. ثمّ إنّ البحث فیما إذا کان هناک منازع و إلّا فهو خارج عن کتاب القضاء کما إذا تبنّی صغیراً، لا ینازعه أحد.

أمّا القسم الأوّل کما إذ ادّعی، صاحب النصاب إبداله أثناء الحول فلا تقبل دعوی مدّعی التبدیل بلا بیّنة، و ذلک، لأنّ أخذ الزکاة من

وظائف النبيّ و الإمام بعده قال سبحانه: (خُذْ مِنْ أَمْوالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَ تُزَكِّيهِمْ بِها وَ صَلِّ عَلَيْهِمْ

(١) زين الدين العاملى: المسالك: ٢/ ۴۱۷.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۵۱۴

إِنَّ صَلاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ) (التوبة/ ۱۰۳) فإذا كان الحاكم مبسوط اليد، و له مقدرة على جمع الزكوات كان الحاكم وليّاً للفقراء، فى حيازة أموالهم، و إقامة الدعوى على من يبخس حقوقهم و عندئذ فلا معنى لقبول قول من يدّعى تبديل النصاب حتّى يدفع عن نفسه غرامة الزكاة و بالجملة الحاكم الإسلامى لا تقصر ولايته فى حقوق المسلمين و أموالهم، عن ولاية الفرد بالنسبة إلى أمواله فكما إذا ادّعى المديون، فراغ الذمّة لا يقبل منه بلا بيّنة فهكذا المقام.

نعم لو لم تكن هناك حكومة إسلامية، أو لم يكن الحاكم الإسلامى قادراً على جمع الحقوق و تفريقها بين المستحقّين، ففى مثل هذه الصورة، لا- عامل و لا- منازع و لا- مطالب و إليه ترشد رواية جابر إنّ أبا جعفر عليه السلام جاءه رجل بماله من الزكاة مقدار خمسمائة درهم و قال فضعها فى مواضعها فإنّها زكاة مالى، فقال أبو جعفر عليه السلام: «بل خذها أنت فضعها فى جيرانك و الأيتام و المساكين و فى إخوانك من المسلمين، إنّما يكون هذا إذا قام قائمنا فإنّه يقسّم بالسوية و يعدل فى خلق الرحمن البرّ منهم و الفاجر» «۱».

فإن قلت: قد ورد فى غير واحد من الروايات أنّ الإمام أوصى لعامله بأنّه يأتى ربّ المال فيقول له: يا عباد الله أرسلَنى إليكم ولى الله لآخذ منكم حقّ الله فى أموالكم فهل لله فى أموالكم من حقّ فتودُّوه إلى وليّه فإن قال لك قائل لا، فلا تراجعه» «۲».

قلت: إنّ هذه الرواية و نظائرها كرواية غياث بن إبراهيم ناظرة إلى ما لم يكن تعلّق الزكاة معلوماً فعند ذلك، أمر الإمام المصدّق، قبول قوله، و أنّى هو، من العلم بوجود النصاب، غير أنّ صاحبه يدّعى التحول أثناء الحول ليدفع بزعمه عن نفسه الزكاة.

(۱) الوسائل: الجزء ۶، الباب ۳۶ من أبواب المستحقين للزكاة، الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۶، الباب ۱۴ من أبواب زكاة الانعام، الحديث ۱، و لاحظ الحديث ۵.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۵۱۵

و الحاصل أنّه مع وجود الدولة الإسلامية، أو كون الحاكم فى قطر من الأقطار، ذا مقدرة على جمع الحقوق و تقسيمها بين المستحقين، إذا بعث عاملًا أو نصب مصدقاً، أو خارصاً، ففى جميع هذه الموارد يعامل الحاكم مع ما تحت يده فى الحقوق معاملة المالك الشخصى فكما أنّه لا ترفع اليد عن حقّه إلّا بالبيّنة فهكذا ما هو النازل منزلته و بذلك تظهر الحال فى الفرع الأوّل و الثانى، و الثالث و الخامس، فاذا كانت الدعوى تحمل سلب حقّ أو مال عن المستحقّين له، فليس للحاكم الإغماض و قبول الدعوى بلا بيّنة أو مع اليمين لاستلزامه احتمال الضرر على الفقير و ليس المقام من موارد جريان البراءة و قد قلنا أن كل مورد يسهل للإنسان، تحصيل العلم بالواقع بلا مشقّة فهو خارج عن منصرف أدلّتها. و هذه الموارد، مضافاً إلى أنّ الحاكم مأمور بحيازة حقوق المستحقّين ممّا يسهل له تحصيل العلم بالواقع فلا وجه للاغماض.

و أمّا القسم الثانى فهو ما لا يتضمّن سلب حقّ أو مال عن المستحقّين، و إنّما هو بصدد جرِّ نفع إلى نفسه كما فى إعطاء الزائد عن الحقّ فيدّعى أن الدفع كان عن سهو لا عن تبرّع، أو دعوى المرأة المحلّلة، الإصابةَ، أو دعوى الظئرِ الولد، ففى هذه الموارد، يطلب من المدّعى اليمين، و ذلك لأنّ القضاء بين المتخاصمين إمّا بالبيّنة أو باليمين فاذا لم يمكن الأوّل، يتعيّن الثانى، فالقضاء بلا بيّنة و لا يمين أمر غير معهود و خارج عن الحصر الوارد فى النبوى المعروف.

و أمّا القسم الثالث فهو ما إذا اقترن ثبوت الحدّ بالشبهة الدارئة، فتقبل الدعوى، لا بما أنّها تقبل بلا بيّنة بل لأجل أنّ درء الحدود

بالشبهات من الأصول المسلّمة في الفقه.

و منه يعلم حكم الفرع السادس و التاسع عشر.

ثمّ إنّ المحقّق ذكر فرعاً رابعاً في كلامه: و هو أنّه لو ادّعى الحربي أنّ الإنبات كان بعلاج لا بالطعن في السنّ ليتخلّص بذلك من القتل الذي هو حدّ من حدود

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥١۶

الله فهل يقبل قوله أو لا؟ قال المحقّق: فيه تردّد و لعلّ الأقرب أنّه لا يقبل إلّا مع البيّنة.

أقول: في المسألة أقوال: ثلاثة:

الأوّل: ما استقر به المحقّق من عدم السماع إلّا بالبينة أخذاً بإطلاق ما دلّ على أنّ الإنبات علامة للبلوغ فيقتل شأن كل حربي سُبي في أثناء الحرب.

الثاني: سماع قوله بلا يمين أخذاً بالقاعدة في باب الحدود من درئها بالشبهات «١» و هو الأحوط و عدم صحّة توجّه اليمين عليه لاستلزامه الدور، لأنّ صحّة اليمين موقوفة على البلوغ فلو كان البلوغ موقوفاً على اليمين لدار. أضف إلى ذلك، أنّ مقتضى صحّة اليمين هو عدم البلوغ، لأنّه يحلف على أنّه لم يبلغ و أنّ إنبات الشعر كان بعلاج.

الثالث: سماع قوله مع الحلف عند القطع بالبلوغ لأنّ قطع الدعوى لا بدّ أن يكون بالبيّنة و اليمين، و سماع حلفه بما أنّه مستلزم للدور يقتضي إيقاف الحكم و تأخيره إلى القطع ببلوغه، حتى يحلف، و هذا هو الأقرب.

نعم قال الشهيد في الدروس أنّ اليمين موقوف على إمكان بلوغه لا على بلوغه «٢» و هو كلام مجمل و أوضحه السيّد الطباطبائي بقوله بأنّ بلوغه متوقف على اليمين و لكن يمينه موقوف على قاعدة قبول قول من ادّعى ما لا يعلم إلّا من قبله عنه مع احتمال صدقه.

لكن احتمال اختصاص الكبرى بمن ادّعى شيئاً لا يعلم إلّا من قبله و هو بالغ، يوجب عود الدور أيضاً، إلّا أن يقال، أنّ سبب السماع ليس هو البلوغ، بل كونه مما لا يعلم إلّا من قبله، و لا يتفاوت فيه البالغ و غيره، و أنّ ملاك القبول كونه لا يعلم إلّا من قبله.

---

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٢۴، من أبواب مقدّمات الحدود، الحديث ۴.

(٢) السيّد الطباطبائي: ملحقات العروة: ٢/ ٢٠٨٢٠٧.

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥١٧

المسألة السادسة: فيما لا يمكن رد اليمين فيه

ذكر الشيخ مسائل ثلاث «١» و جعل عنوان الجميع قوله: «ثلاث لا يمكن ردّ اليمين فيها» ثمّ ذكر كل مسألة على تفصيل و إليك نصّه في كل واحدة.

إحداها: أن يموت رجل و لا يخلّف وارثاً مناسباً، فالمسلمون ورثته، فوجد الحاكم في روزنامته ديناً له على رجل أو شهد شاهد واحد بذلك، فأنكر من عليه الدين، فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف سقط الحقّ و إن لم يحلف، لم يمكن ردّ اليمين لأنّ الحاكم لا يمكنه أن يحلف عن المسلمين و المسلمون لا يتأتى منهم الحلف لأنّهم لا يتعيّنون.

و قال بعضهم يحكم بالنكول و يلزمه الحقّ لأنّه موضع ضرورة، و قال آخرون و هو صحيح عندهم أنّه يحبس حتّى يحلف أو يقرّ، و الذي يقتضيه مذهبنا أنّه يسقط هذا لأنّ ميراثه للإمام، و عندنا أنّه لا يجوز أن يحلف أحد عن غيره و لا بما لا يعلمه، فلا يمكنه اليمين مع أنّ الإمام لا يحلف، فيحبس المدين حتّى يعترف فيؤدّي أو يحلف و ينصرف.

و حاصله: أنّ المدّعى عليه إن حلف فقد خلص، و إن نكل، فلا يصحّ ردّ اليمين فى المقام لأنّ المفروض أنّه لا وارث له، و وارثه إمّا الإمام أو المسلمون و الإمام لا يحلف لأنّه لا يجوز أن يحلف أحد عن غيره، و لا بما لا يعلمه، و أنّ شأن الإمام أرفع من أن يحاكَم و يحلف هذا كله حول الإمام و أمّا المسلمون الوارثون فهم غير متعينين، فبقى هنا احتمالان:

۱- الحكم بالنكول و يلزمه الحقّ لأنّه موضع ضرورة.

۲- يحبس حتّى يحلف أو يقرّ هذا كلام الشيخ فى المبسوط فى الفرع الأوّل.

---

(۱) الطوسى: المبسوط: ۸/ ۲۱۴.

و إليك نصّه فى الفرع الثانى: قال الثانية: إذا مات رجل و أوصى إلى رجل فادّعى الوصىّ على الورثة أن أباهم أوصى بشيء للفقراء و المساكين، فأنكروا ذلك، فالقول قولهم، فإن حلفوا سقطت الدعوى، و إن نكلوا لم يمكن ردّ اليمين، لأنّ الوصىّ لا يجوز أن يحلف عن غيره و الفقراء و المساكين لا يتعيّنون، و لا يتأتّى منهم الحلف، فما الذى يفعل؟ قال قوم يحكم بالنكول و يلزم الحقّ، لأنّه موضع ضرورة، و قال آخرون يحبس الورثة حتّى يحلفوا أو يعترفوا و هو الذى نقوله.

و حاصله نفس ما ذكرناه فى الفرع الأوّل، و هو أنّ المدّعى عليه إن حلف فقد خلص، و إن لم يحلف فلا يمكن ردّ اليمين إلى الوصى لأنّه لا يجوز أن يحلف عن غيره (الفقراء) و أمّا حلف الفقراء و المساكين فهم غير متعينين و لا يتأتّى منهم الحلف فبقى احتمالان:

۱- القضاء بالنكول.

۲- أو الحبس حتّى يقرّ، أو يحلف.

۳- و أمّا الفرع الثالث فلم يذكره المحقّق و سيوافيك نصّ الشيخ بعد الفراغ عن الكلام فى الفرعين الأولين.

ثمّ إنّ المحقّق أورد على الشيخ و قال: إن السجن عقوبة لم يثبت موجبها و أوضحه الشهيد بقوله: لأنّ الحقّ لا يثبت بالشاهد الواحد فينزّل هذه الدعوى منزلة ما لا بيّنة فيه فإن حلف، أو نكل و قضينا بالنكول و إلّا وقف الحقّ لعدم تيسّر القسم الأخير و هو حلف المدّعى.

و أجاب عنه صاحب الجواهر و قال: إنّ موجبها، اقتضاء الدعوى المسموعة من المنكر، اليمينَ أو الأداءَ بعد تعذّر الردّ «۱». و لعلّه يريد، أنّ المجوّز لسماع الدعوى، هو المجوّز لحبسه حتّى يحلف أو يقرّ و بعبارة أُخرى أنّ إطلاق أدلّة استحقاق المدّعى اليمين على المنكر يقتضى إلزامه عليه و بما أنّه مستنكف عنه

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۲۶۵.

يحبس حتّى يؤدّى.

هذه هى الكلمات الواردة فى المقام. و لنا أن ندرس الاحتمالات الثلاثة:

۱- الردّ على الحاكم و الوصى

قد عرفت سابقاً أنّه إذا أمكن الردّ فلا وجه للقضاء بالنكول لكن المهمّ هو ثبوت عدم إمكان الردّ فالوجوه المذكورة فى كلمات الشيخ و صاحب الجواهر لا يتجاوز عن الأُمور التالية المذكورة فى كلام الشيخ، ۱ لا يجوز أن يحلف عن غيره، ۲ و لا بما لا يعلمه، ۳ أنّ الإمام لا يحلف و إليك دراسة الأدلّة الثلاثة:

أمّا الأوّل أعنی أنّه لا یجوز الحلف عن الغیر فانّما یصحّ إذا لم تکن للحالف صلة بالموضوع، و لا أیّ مبرّر لإقامة الدعوی، کالجار بالنسبة إلی مال جاره و حقوقه، و أمّا إذا کان الغیر علی منزلة تصحّ له إقامة الدعوی و رفع الشکوی إلی المحکمة، فلما ذا لا یصحّ له الحلف علی ما یدّعیه و بهذا یعلم أنّه یجوز للحاکم و الوصیّ، الحلف علی ما یدّعیه، و ذلک لأنّ لهما الولایة علی أموال المسلمین و حقوقهم ولایة عامة کالحاکم أو خاصّة کالوصیّ، فکما یصحّ لهما إقامة الدعوی، یصحّ لهما، الحلف إذا کانا عالمین للمحلوف به.

و أمّا الثانی، و هو لا یختصّ بالمقام بل یعمّ کلّ مورد لا یکون للحالف علم بالمحلوف به، أضف إلی ذلک أنّه لم لا یجوز أن یحلف بمقدار ما علم کحلفه بأنّه وجد فی روزنامته، أنّه مدیون، أو شهد شاهد بأنّه کذا، علی أنّ المفروض فی کلامه علم الوصیّ بکونه مدیوناً، و ربّما یحصل للحاکم علم بالصدق برؤیته فی روزنامته.

و أمّا الثالث أعنی أن الإمام لا ـ یحلف، فقد أوضحه فی الجواهر و قال: نعم مع فرض علمهما (الحاکم و الوصیّ) تتوجّه الیمین من الوارث غیر الإمام مع الشاهد، بخلاف الإمام علیه السلام المعصوم من الخطأ و الزلل و إن استعمل الموازین

الشرعیة و الأُصولیة المرعیّة لکنّه مسدّد فی خصوصیاتها التی استعملها، عن الخطأ بخلاف غیره. «۱»

المسألة السابعة: لو کان الدین مستغرقاً للترکة و للمیّت دین علی الغیر:

اختلفت کلماتهم فی أنّه إذا مات إنسان و علیه دین مستغرق محیط بالترکة، فهل تنتقل الترکة إلی الوارث، و تکون من المال المحجور علی مالکه التصرّف و یکون الدین متعلّقاً بها تعلّق الرهانة أو تبقی علی حکم مال المیّت و فی المسالک و المفاتیح نسبته إلی الأکثر، و فی وصایا السرائر: إذا کان علی المیّت؟ دین یحیط بالترکة، فإنّها بلا خلاف بیننا لا تدخل فی ملک الغرماء و لا ملک الورثة، و المیّت قد انقطع ملکه و زال فینبغی أن تکون موقوفة علی انقضاء الدین «۲».

و لکن المشهور، هو القول الأوّل و یؤیّده ارتکاز العقلاء، خلافاً للمحقّق حیث اختار الوجه الثانی و تظهر الثمرة فی النماء، فعلی الأوّل فهو للورثة، و لا یتعلّق به حقّ الدیّان إذا کان الدین أزید من أصل الترکة، بخلاف ما إذا قلنا بالثانی فیکون متعلّقاً للدین و باقیاً علی حکم مال المیّت.

ثمّ إنّ هنا فروعاً مستخرجة من کلام صاحب الجواهر نبحث عنها علی رأی المحقّق من بقاء الترکة علی حکم مال المیّت، لا علی القول المشهور و هی:

۱- لو کان الدین محیطاً بالترکة و ادّعی الوارث دیناً للمیّت علی ذمّة آخر علی وجه لو استحصل یرجع إلی الدّیان، فیقع الکلام فیمن تجوز له إقامة الدعوی، فهل هو الوارث أو الدائن؟

لا ـ کلام علی القول الأوّل أنّه الوارث، لانتقال الملک إلیه، لکن الکلام علی القول الثانی أعنی خیرة المحقق فقال المحقّق: هو الوارث لأنّه قائم مقامه.

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۲۶۷.

(۲) الجواهر: ۲۶/ ۸۴.

یلاحظ علیه: أنّه قائم مقامه فیما جعله الشارع ولیاً، کالتجهیز و غیره و أمّا المقام فهو و الدائن متساویان لأنّ الدین باق علی ملک المیّت کالأعیان الخارجیة، و لو استحصل لاستولی علیه الدائن فلا وجه لتقدیم واحد علی الآخر و قد عرفت المیزان فیمن تصحّ له

إقامة الدعوى.

٢- لو كان هناك شاهد على الدين، قال فى الجواهر: «حلف الوارث دون الدائن نعم فى القواعد لو امتنع كان للدائن إحلاف المديون لتعلّق حقّه بالتركة».

يلاحظ عليه: أنّه إذا كان الدين ملكاً للميّت أو فى حكم ملكه فالوارث و الدائن بالنسبة إلى الأخذ متساويان و قد عرفت عدم ولاية الوارث بالنسبة إلى ما بقى فى حكم ملكه، و ما يتبادر إلى الذهن من أنّ الوارث أولى من الدائن فإنّما هو لأجل أنّ المرتكز فى الأذهان هو انتقال التركة إلى الوارث فيكون هو المتعيّن و لكن الكلام على مبنى المحقّق، و بذلك يظهر النظر فى كلام القواعد حيث علّق إقدام الدائن على امتناع الوارث بل هما فى درجة واحدة.

٣- و لو أقام الوارث الدعوى و حلف الغريم برأ من الوارث و الدائن.

۴- و لو أقام الدائن الدعوى و حلف الغريم برأ منهما، (خلافاً للجواهر حيث قال بأنّ براءة ذمّة الغريم بالنسبة إلى المحلّف) و ما هذا لأنّ هنا حقّاً واحداً، يجوز لكلّ من الوارث و الدائن استحصاله، فاذا حلف واحد منهما فقد ذهبت اليمين بالحقّ على ما فى الروايات فلا يبقى للآخر، موضوع.

و بذلك يعلم أنّه لو أقام الدائن الدعوى و حلف الغريم له، ثمّ أقام الوارث، و لكن لم يحلف الغريم له بل ردّ اليمين إلى الوارث، فحلف، ليس للوارث أخذه فضلًا عن أخذ الدائن حقّه.

كلّ ما ذكرنا، على مبنى المحقّق و أمّا على القول بالانتقال، فالمرجع فى إقامة الدعوى و الإحلاف و حلف اليمين المردودة هو الوارث لا غير نعم لو امتنع الوارث من إقامة الدعوى جاز للحاكم إقامة الدعوى لصالح الدائن لأنّه ولىّ الممتنع.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۵۲۲

البحث الثالث القضاء بالشاهد و اليمين

اشارة

اتفقت كلمة الأصحاب على صحّة القضاء بالشاهد مع اليمين فى الجملة و وافقهم فى ذلك لفيف من غيرهم قال الشيخ: يحكم بالشاهد و اليمين فى الأموال عندنا و عند الشافعى و مالك على ما سنبيّنه، و يحكم عندنا بشهادة امرأتين مع اليمين دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم. «١»

و قال فى المبسوط: عندنا يجوز القضاء بالشاهد الواحد مع يمين المدّعى و به قال جماعة و أباه آخرون، و قال بعضهم الترتيب ليس شرطاً بل هو بالخيار إن شاء حلف قبل شاهده و إن شاء بعده كالشاهدين من شاء شهد قبل صاحبه. و الصحيح أنّه على الترتيب يشهد له شاهده ثمّ يحلف فإذا ثبت جواز ذلك فالكلام بعده فيما يقضى بها فيه و ما لا يقضى و جملته كلّ ما كان مالًا أو المقصود منه المال فالمال كالقرض و الغصب و الدين و قضاء الدين و أداء مال الكتابة و أمّا المقصود منه المال فعقود المعاوضات كالبيع و الصرف و السلم و الصلح و الإجارة و القراض و المساقاة و الهبة و الوصية و الجناية التى توجب المال كالخطإ و عمد الخطأ و عمد يوجب المال كما لو قتل ولده أو عبد غيره ... «٢».

و قال ابن قدامة فى المغنى: و أكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدّعيه بشاهد و يمين روى ذلك عن أبى بكر و عمر و عثمان و علىّ رضى الله عنهم، و هو قول الفقهاء السبعة و عمر بن عبد العزيز و الحسن و شريح و أياس و عبد الله بن عتبة

---

(١) الطوسى: الخلاف: الجزء ٣، كتاب الشهادات، المسألة ٧.

(۲) الطوسی: المبسوط: ۸/ ۱۸۹.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۵۲۳

و أبی سلمة بن عبد الرحمن و یحیی بن یعمر و ربیعة و مالک و ابن أبی لیلی و أبی الزناد و الشافعی.

و قال الشعبی و النخعی و أصحاب الرأی و الأوزاعی: لا یقضی بشاهد و یمین و قال محمّد بن الحسن: من قضی بالشاهد و الیمین نقضتُ حکمه لأنّ الله تعالی قال: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِیدَیْنِ مِنْ رِجالِکُمْ فَإِنْ لَمْ یَکُونا رَجُلَیْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ) «۱» فمن زاد فی ذلک فقد زاد فی النص، و الزیادة فی النصّ نسخ و لأنّ النبی صلَّی الله علیه و آله و سلَّم قال: «البیّنة علی المدّعی و الیمین علی من أنکر» فحصر الیمین فی جانب المدّعی علیه کما حصر البیّنة فی جانب المدّعی.

و لنا ما روی سهیل عن أبیه عن أبی هریرة قال: قضی رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم بالیمین مع الشاهد الواحد. رواه سعید بن منصور فی سننه و الأئمة من أهل السنن و المسانید، قال الترمذی: هذا حدیث حسن غریب و فی الباب عن علی و ابن عباس و جابر و مسروق، و قال النسائی: إسناد حدیث ابن عباس فی الیمین مع الشاهد إسناد جید، و لأنّ الیمین تشرع فی حقّ من ظهر صدقه و قوی جانبه و لذلک شرعت فی حقّ صاحب الید لقوّة جنبته بها و فی حقّ المنکر لقوّة جنبته فإنّ الأصل براءة ذمّته و المدّعی هاهنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع الیمین فی حقّه.

و لا حجّة لهم فی الآیة لأنّها دلّت علی مشروعیة الشاهدین و الشاهد و المرأتین و لا نزاع فی هذا و قولهم إنّ الزیادة فی النصّ نسخ غیر صحیح لأنّ النسخ الرفع و الإزالة، و الزیادة فی الشیء تقریر له لا رفع و الحکم بالشاهد و الیمین لا یمنع الحکم بالشاهدین و لا یرفعه و لأنّ الزیادة لو کانت متصلة بالمزید علیه لم ترفعه و لم تکن نسخاً و کذلک إذا انفصلت عنه.

و لأنّ الآیة واردة فی التحمّل دون الأداء و لهذا قال: (أَنْ تَضِلَّ إِحْداهُما

---

(۱) البقرة: ۲۸۲. ذکره أیضاً، الحکم بن عتیبة، و سلمة بن کهیل لأبی جعفر و هو أجاب عن الاستدلال لاحظ الباب ۱۴ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۵۲۴

فَتُذَکِّرَ إِحْداهُمَا الْأُخْری) و النزاع فی الأداء و حدیثهم ضعیف «۱» و لیس هو للحصر بدلیل أنّ الیمین تشرع فی حقّ المودع إذا ادّعی ردّ الودیعة و تلفها و فی حقّ الأُمناء لظهور جنایتهم، و فی حقّ الملاعن و فی القسامة و تشرع فی حقّ البائع و المشتری إذا اختلفا فی الثمن، و السلعة قائمة و قول «محمّد» فی نقض قضاء من قضی بالشاهد و الیمین یتضمن القول بنقض قضاء رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم و الخلفاء الذین قضوا به و قد قال الله تعالی: (فَلا وَ رَبِّکَ لا یُؤْمِنُونَ حَتّی یُحَکِّمُوکَ فِیما شَجَرَ بَیْنَهُمْ ثُمَّ لا یَجِدُوا فِی أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمّا قَضَیْتَ وَ یُسَلِّمُوا تَسْلِیماً) «النساء/ ۶۵) و القضاء بما قضی به محمّد بن عبد الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم أولی من قضاء محمّد بن الحسن المخالف له. «۲»

و قد تضافرت الروایات عن أئمة أهل البیت علیهم السَّلام علی صحّة القضاء بشاهد و یمین و حکوا قضاء رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم به و سیوافیک قسم منها. و المسألة عندنا إجماعیة لا خلاف فی أصلها.

نعم یقع الکلام فی أُمور:

۱- هل یشترط تقدّم الشهادة علی الیمین أو لا؟

اشارة

قد عرفت نصّ الشيخ على الترتيب و قال المحقّق: و يشترط شهادة الشاهد أوّلًا، و ثبوت عدالته ثمّ اليمين و لو بُدِئ باليمين وقعت لاغية و افتقر إلى إعادتها بعد الإقامة. «٣»

و الظاهر عدم دليل صالح لإثبات شرطية التقدّم غير وجوه ذوقية أشبه بالاستحسان أما النصوص فلسان أكثرها، شهادة رجل واحد و يمين، بتقديم الرجل على اليمين «۴» و لفيف منها على العكس: باليمين مع الشاهد

---

(١) الحديث ليس بضعيف، نعم هو ليس بحاصر.

(٢) المغنى: ١٢/ ١٠.

(٣) نجم الدين الحلى: الشرائع: ۴/ ٩٢، و اختاره ابن ادريس أيضاً فى السرائر لاحظ: ٢/ ١۴٠.

(۴) الوسائل: ١٨، الباب ١۴ من أبواب كيفية الحكم: الحديث ١٢١، ١۴، ١٧، ١٨.

الواحد «١» و قد جاء الشاهد فى لسان أبى حنيفة متقدّماً على اليمين تارةً و متأخّراً أُخرى «٢».

و هذا يعرب، عن عدم تبادر الترتيب مضافاً إلى الإطلاقات المتضافرة فلو كان الترتيب شرطاً، لكان على القائل البيان، و إنكار كون المتكلّم فى هذه الروايات الكثيرة فى مقام البيان، كما ترى خصوصاً فى معتبرة داود بن الحصين «٣».

أضف إلى ذلك، أنّ العناية باليمين مع الشاهد الواحد، هو لأجل كسب الاطمئنان بصدق المدّعى فإنّ الإيمان بالله، ربّما يصدّ الإنسان عن الحلف بالكذب، و على هذا لا فرق بين تقدّم اليمين أو تأخّره.

و مع ذلك فقد ذكروا وجوهاً لشرطية الترتيب نظير:

أ المدَّعى وظيفته البيّنة لا اليمين بالأصالة فإذا أقام شاهداً صارت البيّنة التى هى وظيفته ناقصة و تتمّمها اليمين بالنصّ بخلاف ما لو قدم فإنّه ابتدأ بما ليس وظيفته و لم يتقدّمه ما يكون متمّماً له. «۴»

يلاحظ عليه بوجهين:

١- أنّه محجوج بالإطلاقات، الدالّة على عدم الفرق.

٢- أنّ اساس الاستدلال، كون اليمين متمّماً له، و أمّا إذا كان فى عرض الشاهد، كما هو مقتضى بعض التعبيرات، فلا و قد عرفت أنّ العناية باليمين بكسب الاطمئنان بصدق مقالة المدّعى، و عندئذ لا فرق بين التقدّم و التأخّر.

ب إذا قدم الشاهد يقوى جانب المدّعى، و إنّما يحلف من يقوى جانبه

---

(١) الوسائل: ١٨، الباب ١۴ من أبواب كيفية الحكم: الحديث ١٣، ١۵، ١۶، ١٩، ٢٠.

(٢) المصدر نفسه الحديث: ١٣، ١٧.

(٣) الوسائل: ١٨ الباب ٢۴ من أبواب الشهادات، الحديث ٣۵.

(۴) زين الدين العاملى: المسالك: ٢/ ۴١٨.

كما أنّه (المدّعى) يحلف إذا نكل المدّعى عليه لأنّ النكول قوّى جانب المدَّعى.

يلاحظ عليه: أنّه مبنىّ على كون الشاهد أصلًا و اليمين فرعاً حتّى يتقوى الشاهد باليمين و أمّا إذا كان كلّ على وزان واحد فلا و الحقّ

أنّ هذه الوجوه التی لم نذکر بعضها لا تعدّ دلیلًا قاطعاً أمام الإطلاقات الماضیة الّتی لم یرد فیها لزوم الترتیب.

ثمّ إنّه تظهر الثمرة فی کون الیمین أصلًا أو تبعاً فیما لو رجع الشاهد عن شهادته فعلی القول بأصالة کل من الشاهد و الیمین یغرم الشاهد النصف، و لکن علی القول بأصالة الشهادة و أنّ الیمین شرط أو متمّم، فیغرم الکلّ، شأن کلّ شاهد یرجع عن شهادته، بعد صدور القضاء.

۲- تحدید حجّیتهما من حیث المورد:

اشارة

قد اختلفت کلماتهم فی تحدید المورد، إلی أقوال:

فمن قائل باختصاصهما بالدین، إلی قائل بشمولهما العین، إلی ثالث (کالطوسی فی المبسوط) بعمومیّتهما لما کان مالًا أو یقصد منه المال کالدین و القرض و الغصب و الالتقاط و الاحتطاب و الأسر و ما یقصد به المال کما فی المعاوضات کالبیع و الصرف و الصلح و الإجارة و القراض و الهبة و الوصیة و الجنایة الموجبة للدیة کالخطإ المحض، و عمد الخطأ و قتل الوالد ولده، و الحرّ العبد، و کسر العظام، و ضابطه ما کان مالًا أو المقصود منه المال فلا یشمل القصاص، إلی رابع، بشمولهما لحقوق الناس کلّها فی مقابل حقوق الله و لا بأس بنقل بعض الکلمات و قد مرّت بعضها:

قال ابن الجنید: و قد روی أنّ النبیّ قضی بشاهد واحد و یمین المدّعی و ألزم الحقّ المدّعی علیه و ذلک فی الأموال و ما جری مجراها دون الحدود. «۱»

---

(۱) المختلف: ۴/ ۱۸۲.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۵۲۷

قال المفید: و یجب الحکم بشهادة الواحد مع یمین المدّعی فی الأموال بذلک قضی رسول الله صلّی الله علیه و آله و سلّم. «۱»

قال الشیخ: إذا شهد لصاحب الدین شاهد واحد، قبلت شهادته، و حلف مع ذلک و قضی له به و ذلک فی الدین خاصّة، و لا یجوز قبول شهادة واحد و الحکم بها فی الهلال و الطلاق و الحدود و القصاص و غیر ذلک من الأحکام. «۲»

و قال فی الاستبصار عند محاولة الجمع بین الروایات: فلا تنافی بین هذه الأخبار، و الأخبار الأولة لأنّ هذه الأخبار و إنّ کانت عامّة فی أنّ رسول الله قضی بذلک و لم یبیّن فیما فیه قضی فینبغی أن نحملها علی الأخبار المتقدّمة المفصّلة بأن نقول إنّه قضی بذلک فی الدین علی ما تضمّنته الروایات الأولة و الحکم بالمفصّل أولی منه بالمجمل. «۳»

و قد عرفت کلام الشیخ فی الخلاف و المبسوط حیث صرّح فیهما علی حجّیتهما فی المال أو المقصود منه المال.

و قال الحلبی: و یقوم شهادة الواحد و یمین المدّعی فی الدیون خاصّة مقام الشهادة الکاملة. «۴»

و قال سلّار: و شهادة واحد، و هو فی رؤیة هلال شهر رمضان، و فی الدیون مع یمین المدّعی. «۵»

و قد نسب القول بالاختصاص إلی ابن زهرة فی الغنیة «۶» و الکیدری فی

---

(۱) المفید: المقنعة: ۷۲۷.

(۲) الطوسی: النهایة: ۳۳۴، و ذیل العبارة شاهد علی أنّ مراده من الدین، هو المال حیث استثنی أمثال الهلال و الطلاق، لا البیع و الإجارة.

(۳) الطوسی: الاستبصار باب ما یتحوّر فیه شهادة الواحد مع یمین المدّعی: ۳/ ۳۳.

(۴) الحلبی: الکافی: ۴۳۸.

(۵) سلّار: المراسم: ۲۳۳ طبع بیروت.

(۶) ابن زهرة: الغنیة المطبوع ضمن الینابیع: ۱۱/ ۱۹۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۲۸

الأصباح «۱» و قد عبرا عن المسألة بعبارة واحدة و هی:

«و إن احضر شاهداً واحداً، أو امرأتین قال له الحاکم تحلف مع ذلک علی دعواک ...» و لیس فیها أیّ إشارة إلی المورد فضلًا عن التصریح بالدین.

و قال ابن ادریس: تقبل شهادة الشاهد الواحد مع یمین المدّعی فی کلّ ما کان مالًا أو المقصود منه المال» «۲».

و قال العلامة: و أعلم أنّه لا منافاة بین کلام شیخنا فی النهایة و غیرها لأنّ مقصوده من الدین المال فإذا قبل فی المال قبل فیما کان المقصود منه المال و کان ذریعة إلی تحصیله. «۳»

و یتسرّب هذا الاحتمال إلی کلام الحلبی و الدیلمی و یکون القول الثالث هو المتفق علیه. کما لا یخفی.

و علی کلّ تقدیر فالاختلاف فی المسألة مستند إلی الروایات و لا بدّ من دراستها. ثمّ نتخذ موقفاً حاسماً فی المسألة.

أقول: إنّ لسان الروایات علی وجوه:

الأوّل: ما یدلّ أو یستظهر منه أنّ القضاء به یختصّ بمورد الدین

و إلیک ما یدلّ علیه:

۱- روی محمّد بن مسلم عن أبی عبد الله علیه السلام قال کان رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم یجیز فی الدین شهادة رجل واحد و یمین صاحب الدین و لم یجز فی الهلال إلّا شاهدی عدل». «۴»

---

(۱) الکیدری: اصباح الشیعة: ۵۳۳.

(۲) ابن ادریس: ۲/ ۱۴۰ و نسب إلی الشیخ أنّه عدل عما فی النهایة، فی استبصاره بل عدل فی خلافه و مبسوطه.

(۳) العلامة: المختلف: ۴/ ۱۸۴.

(۴) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴، من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۲۹

۲- روی حمّاد بن عثمان قال سمعت أبا عبد الله یقول: «کان علی علیه السلام یجیز فی الدین شهادة رجل و یمین المدّعی» «۱» و الحقّ أنّ الدین فیهما من قبیل المورد، و هو لا یخصص، نعم هناک ما یدلّ علی اختصاص الحکم بالدین.

۳- روی أبو بصیر قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یکون له عند الرجل الحقّ و له شاهد واحد قال: فقال: «کان رسول اللّه صلَّی الله علیه و آله و سلَّم یقضی بشاهد واحد و یمین صاحب الحقّ و ذلک فی الدین». ۲

۴- روی القاسم بن سلیمان قال: سمعت أبا عبد اللّه علیه السلام یقول: قضی رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم بشهادة رجل مع یمین الطالب فی الدین وحده». ۳

فإنّ قوله: «و ذلک فی الدین» أو قوله: «فی الدین وحده» یدل علی اختصاص الضابطة به و إلّا لکان یعبّر بما فی الأولیین.

۵- ما رواه داود بن الحصین عن أبی عبد اللّه علیه السلام فی حدیث مفصّل یقول فقلت: فانی ذکر الله تعالی: (فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ) فقال:

«ذلک فی الـدین إذا لم یکن رجلان، فرجل و امرأتان، و رجل واحـد و یمین المـدّعی إذا لم تکن امرأتان قضـی بـذلک رسول الله و أمیر المؤمنین بعده عندکم». ۴

و بما ذکرنا یعلم ضـعف ما ربّما یقال بأنّ المورد غیر مخصّـِص و أنّ القضاء بهما فی الدین أو جوازه لا یقتضی عدم القضاء و لا عدم جوازه بغیره ۵ فـإنّ مـا ذکره إنّمـا یناسب الأولیین، دون غیرهما فإنّ لسانهما، لسان التحدیـد و الحصـر لو کان الـدین بالمعنی المقابل للعین.

الثانی: ما یدلّ علی الجواز فی العین.

روی عبد الرحمن بن الحجّاج عن أبی جعفر فی حدیث مفصّل أنّ علیاً وجد

---

(۱) ۱- ۳ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴، من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۳، ۵، ۱۰.

(۲) ۴ الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳۵.

(۳) ۵ الجواهر: ۴۰/ ۲۷۴.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۳۰

درع طلحة فی ید عبد الله بن قفل التمیمی فقال له علیّ: هذه درع طلحة اخذت غلولًا یوم البصـرة فرضـیاً بقضاء شریح فلمّا حضرا عنده قال شـریح لعلی علیه السـلام: هات علی ما تقول بیّنة فأتی الحسن فقال شـریح: هذا شاهد واحد و لا أقضـی بشهادة شاهد حتّی یکون معه آخر إلی أن قال فغضب علی علیه و قال ... ثمّ أتیتک بالحسن فشـهد فقلت هـذا واحـد و لا أقضـی بشـهادة واحد حتّی یکون معه آخر، و قد قضی رسول الله صلَّی الله علیه و آله و سلَّم بشهادة واحد و یمین. «۱»

و معنی ذلـک أنّه کـان علی شـریح القضاء فی مورد الـدرع الـذی هو العین، بشاهـد و یمین، و ما أفاده صاحب الجواهر من أنّ الإمام أنکر علی إطلاق قول شـریح: «ما أقضـی إلّا بشاهـد آخر معه» لا علی عدم قضائه فی المورد بهما، ضـرورة عدم کون خصوص المقام ممـا یکتفی فیه بالشاهـد و الیمین من الـوالی. «۲» غیر تـام لکونه علی خلاـف ظاهر الروایـة لأنّ ظاهرها هو تندیـد الإمام بعـدم تطبیقه الضابطـة علی المورد و ما فی ذیل الروایة من قوله: «ویلک أو ویحک أنّ إمام المسـلمین یؤمن من أُمورهم علی ما هو أعظم من هذا» لاـ یـدلّ علی أنّ ذمّ الإمـام کان متوجّهاً علی إطلاق کلام شـریح، لا علی عـدم قضائه بهما فی المورد، و ذلک لأنّه لا منافاة أن یکون الـذم لأجل أمرین ذکرهما الإمام تـدریجاً و إن کان الخطب حسب الوجه الثانی أعظم، و لأجل ذلک قال فی الجواهر أنّ شـریحاً کان مخطئاً أزید من وجوه ثلاثة (و هذا رابعها) و أنّ اقتصاره علیه السلام علی الثلاثة حسب فهم شریح.

و مع ذلک یمکن رفع الاختلاف بین اللسانین بأنّ المراد من الـدین هو المال، فإنّ الـدین و إن کان یطلق فی مقابل العین فی مصـطلح الفقهـاء لکن لاـ یبعـد، أن یراد منه مطلق المـال. قـال ابن منظـور فی اللسـان: «کـل شـیء غیر حاضـر دین» فیعمُّ العینَ الغـائب، و قـال الطریحی: «اقض عنّی الدین: حقوق الله و حقوق العباد»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴، من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۶.

(۲) الجواهر: ۴۰/ ۲۷۳.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۳۱

فاستعمل الـدین فی الحقوق، قـال سبحانه: (یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا إِذا تَدایَنْتُمْ بِدَیْنٍ إِلی أَجَلٍ مُسَمًّی فَاکْتُبُوهُ وَ لْیَکْتُبْ بَیْنَکُمْ کاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَ لا یَأْبَ کاتِبٌ أَنْ یَکْتُبَ کَما عَلَّمَهُ اللّهُ فَلْیَکْتُبْ وَ لْیُمْلِلِ الَّذِی عَلَیْهِ الْحَقُّ وَ لْیَتَّقِ اللّهَ رَبَّهُ وَ لا یَبْخَسْ مِنْهُ شَیْئاً إلی أن قال: إِلّا أَنْ

تَكُونَ تِجارَةً حاضِرَةً تُدِيرُونَها بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُناحٌ أَلّا تَكْتُبُوها) (البقرة/ ٢٨٢).

فقد فسّر الدين بالسلم و القرض. «١» و قال الطبرسى: «و ظاهر الآية يقع على كلّ دين مؤجّل سلماً كان أو غيره و عليه المفسّرون و الفقهاء و قال ابن عباس باختصاص الآية بالسلم». «٢» و غير الحاضر فى السلم، هو العين و ربّما يكون موجوداً فى المخزن دون المجلس و بذلك يرتفع الخلاف، و قد تقدّم عن العلّامة أنّه فسّر الدين فى كلام الشيخ بالمال. و بذلك رفع الخلاف بين كلماته.

الثالث: ما جاء فيه لفظ «مع يمين صاحب الحقّ»

روى منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «كان رسول الله يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق» «٣». و هذا القسم من الروايات قابل للحمل على صاحب المال حملًا للظاهر على الأظهر، أو المطلق على المقيّد و يؤيّده ما ورد فى باب ردّ المنكر اليمين على المدّعى «۴» فقد ورد فيه صاحب الحقّ و اريد به، المال، الأعم من الدين و العين و قال سبحانه: (فَإِنْ كانَ الَّذِى عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً) (البقرة/ ٢٨٢) فالمراد منه صاحب المال.

الرابع: ما يحدّد الموضوع بحقوق الناس، أو فى مقابل الهلال

و على هذا فالموضوع أوسع مما ذكر سابقاً و يؤيّده وجوه.

١- روى محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «لو كان الأمر إلينا أجزنا

---

(١) تفسير الجلالين: ۶٣.

(٢) الطبرسى: مجمع البيان: ١/ ٣٩٧.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٢ و لاحظ الحديث ٨، ١۴.

(۴) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج١، ص: ۵٣٢

شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس، فأمّا ما كان من حقوق الله عزّ و جلّ أو رؤية الهلال فلا». «١» فإنّ مقتضى هذا القسم بل القسم السابق إذا لم يفسر بصاحب المال، عموم ذلك لكل حقّ للناس حتّى القصاص و حقّ الشفعة و الخيار و نحوها لا خصوص المال، نعم تخرج الشهادة على الهلال الذى لا وجه للحلف عليه من حيث إنّه كذلك من أحد، و كذا غيره من الموضوعات العامّة التى لا-حقّ بالخصوص فيها لأحد مثل حقوق الله تعالى التى هى أيضاً لا دعوى لأحد بالخصوص فيها «٢».

٢- ما جاء فى رواية محمّد بن مسلم كان رسول الله يجيز فى الدين شهادة رجل واحد و يمين صاحب الدين و لم يجز فى الهلال إلّا شاهدى عدل «٣» فإنّ هذا الحديث يستثنى الهلال، و الحديث السابق استثنى حقوق الله، و كأنّهما يدلّان على أنّ الباقى يثبت بهما.

٣- ما مضى فى القسم الثالث من الروايات، حيث حدّد الموضوع بيمين صاحب الحقّ.

۴- مرسلة يونس عمّن رواه قال: استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدّعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدّعى عليه». «۴» فالمتبادر منه أنّ الشاهد و اليمين مثل ما تقدّم يثبت بهما، ما يثبت بما تقدّم.

۵- يستفاد من التأمّل فى النصوص أنّ اليمين الذى مع الشاهد، هو يمين

---

(١) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١٢.

(٢) الجواهر: ۴٠/ ٢٧۴.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١۴ من أبواب كيفية الحكم الحديث ١.

(۴) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم الحديث ۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٣٣

المنكر الذى إن شاء ردّها على المدّعى و حينئذ يكون الميزان ما يثبت بهما «١».

و لكن المساعدة مع إطلاق الوجه الرابع مشكلة، إذ من القريب أن يكون المقصود من حقوق الناس هو الأُمور المالية فلا تشمل الحقوق المحضة كحقّ الحضانة و الوارد فى الرواية الأُولى لمحمّد بن مسلم و إن كان هو حقوق الناس لكن الوارد فى ثانيتها هو «صاحب الدين» و عند ذلك تنطبق الروايات على الضابط المشهور: ما كان مالًا أو المقصود منه المال. «٢»

نعم سيوافيك أنّ الضابطة أوسع ممّا ورد فى هذه العبارة و إن لم يكن على سعة الوجه الرابع فانتظر.

ثمّ إنّ كل من ردّ القضاء بالشاهد و اليمين، كالحكم بن عتيبة، و سلمة بن كهيل و أبى حنيفة و تلميذه محمّد بن الحسن، استدلّوا بأنّ الوارد فى الذكر الحكيم هو العدلان أو الرجلان أو رجل و امرأتان قال سبحانه: (فَإِذٰا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فٰارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَ أَقِيمُوا الشَّهٰادَةَ لِلّٰهِ) (الطلاق/ ٢) و قد استدلّ بها ابن عتيبة و ابن كهيل كما فى الرواية «٣» و قال سبحانه: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجٰالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونٰا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتٰانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدٰاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدٰاهُمٰا فَتُذَكِّرَ إِحْدٰاهُمَا الْأُخْرىٰ) (البقرة/ ٢٨٢) كما استدلّ بها محمّد بن الحسن الشيبانى أيضاً على ما نقله ابن قدامة فى المغنى «۴».

و الجواب عن الاستدلال بهما من وجهين:

الأوّل: إنّ مورد الآيتين، هو مقام التحمّل، لا الأداء، و يشهد لذلك مضافاً

---

(١) استخرجنا هذه الوجوه من كلام صاحب الجواهر لاحظ: ۴١/ ٢٧۴.

(٢) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ٩٢.

(٣) الوسائل: الجزء ١٨، الباب ١۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶.

(۴) ابن قدامة، المغنى: ١٢/ ١٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٣۴

إلى قوله: (وَ أَشْهِدُوا) و (اسْتَشْهِدُوا)، قوله سبحانه: (أَنْ تَضِلَّ إِحْدٰاهُمٰا فَتُذَكِّرَ إِحْدٰاهُمَا الْأُخْرىٰ).

الثانى: ما قاله الإمام فى جواب الرجلين عند الاستدلال بالآية الأُولى حيث قال قول الله: (وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) هو لا تقبلوا شهادة واحد و يميناً؟ و كأنّه يريد أنّ التشريع الأوّل لا ينفى التشريع الثانى فمن الممكن أن يكون كلاهما نافذين، و به أيضاً أجاب ابن قدامة، استدلال الشيبانى كما نقلناه و يحتمل أن يكون كلامه عليه السلام ناظراً إلى ما ذكرناه فى الجواب الأوّل من أنّ الآية ناظرة إلى مقام التحمّل لا إلى مقام الأداء، و القضاء بشهادة رجل و يمين، راجع إلى المقام الثانى، فلا صلة للآية بمقام الأداء.

المقياس فى كون الدعوى مالية:

ثمّ بعد القول باختصاص الأدلّة بالأمور المالية فقط يقع الكلام فى تحديد الدعوى الماليّة التى يثبت بهما فهنا وجهان:

الأوّل: لو ادّعى مالًا على شخص بسبب من الأسباب، سواء كان السبب يقصد منه المال نوعاً أو لا، بل يكفى كونه مستتبعاً له فى ذلك

المورد ففى تلك الموارد يحتجّ بالشاهد و اليمين. و على ذلك، يثبت بهما دعوى الدين و الغصب، و البيع و الإجارة، القراض و الهبة، حتّى النكاح و الخلع و الطلاق و الرجعة و العتق و التدبير و الكتابة و النسب و الوكالة و الوصيّة إليه و عيوب النساء بشرط أن يدّعى أمراً مالياً لأجل ادعاء هذه العناوين من غير فرق بين كون المدّعى نفس المال كالدين و الغصب، أو يقصد منه المال نوعاً، كالبيع و الإجارة و الهبة أو لا يقصد منه إلّا استتباعاً كالنكاح و الخلع و الطلاق، و ذلك أخذاً بإطلاق الأدلّة و هذا هو الأظهر عندنا.

الثانى: ما ذكره الشيخ الطوسى فى المبسوط و المحقّق فى الشرائع من

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٣٥

تخصيصه بما إذا كان مالًا أو كان المقصود منه مالًا نوعاً، و أمّا إذا لم يكن المقصود منه المال و إنّما يستتبع المال فلا.

و على ضوء ذلك تقسّم العناوين إلى أربعة:

١- يكون المدّعى نفس المال كالدين و القرض و الغصب أو ما يقصد به المال (نوعاً)، كما فى المعاوضات كالبيع و الصرف، و الصلح، و الإجارة، و القراض و الهبة و الوصية له و الجناية الموجبة للدية كالخطإ و عمل الخطأ و قتل الوالد لولده و كسر العظام، و الجائفة و المأمومة.

٢- ما يتردّد بين كونه داخلًا فى الضابطة أو خارجاً كالنكاح فبما أنّ المقصود منه التناسل و سكون النفس فهو خارج عن المقسم، و بما أن المدّعى إذا كان زوجة فهى بطرح الزوجية تدّعى المهر و النفقة.

٣- ما هو خارج عن الضابطة كالخلع و الطلاق، و الرجعة و العتق و التدبير و الكتابة و النسب و الوكالة و الوصيّة إليه و عيوب النساء.

۴- ما استشكل فى خروجه و دخوله كالوقف، لأجل الشكّ فى أنّ الوقف هل ينتقل إلى الموقوف عليهم، أم ينتقل إلى الله، أو التفصيل بين الانحصار فالأوّل و عدمه فالثانى، أو يبقى فى ملك الواقف.

و الظاهر عدم الدليل على الضابطة الواردة فى كلام المحقّق «ما كان مالًا أو كان المقصود منه مالا» بل الضابط كل ادّعاء مالى يستند إلى سبب من الأسباب، سواء كان السبب مما يقصد منه المال نوعاً، أولا يقصد منه إلّا استتباعاً و على ضوء ذلك فلو ادّعت الزوجة النكاح، لغاية طلب النفقة و المهر، يثبت بهما و إن كان النكاح ما لا يقصد منه المال نوعاً، و مثله إذا ادّعى الزوج الخلعَ لأجل تملّك المهر، أو ادّعت المرأةُ الرجعةَ لغاية النفقة و بذلك تقف على أنّ التقسيم الرباعى الوارد فى كلامه غير مفيد. بعد عموميّة القاعدة، لكلّ ادّعاء مالى مستند إلى ادّعاء سبب، سواء كان السبب ممحضاً فى ثبوت المال أو لا.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٣۶

و لأجل عدم الدليل على الضابطة ذكر صاحب الجواهر أنّها فى غاية التشويش و السبب فيه هو أنّ الضابط المزبور لم نجده فى شىء من النصوص و إنّما الموجود فيها عنواناً للحكم «حقوق الناس» بعد عدم تقييدها بنصوص الدين.

بقى هنا أمران:

الأوّل: هل الشاهد و اليمين يثبت بهما المال فقط أو يثبت العناوين من البيع و الإجارة و غيرهما؟ الظاهر هو الأوّل، لظهور الأدلّة فى ثبوته خاصّة و على ذلك لو ادّعى أنّه باع حيواناً بثمن كذا، و أقام شاهداً مع اليمين يثبت الثمن على ذمّة المشترى و لا يثبت الخيار المختصّ بالحيوان و ممّن التفت إلى ذلك، الشهيد فى الروضة قال: «ينبغى القطع بثبوت المال كما لو اشتملت الدعوى على الأمرين فى غيره كالسرقة فانّهم قطعوا بثبوت المال». «١» و هو متين و لو قلنا بسعة دليل الشاهد مع اليمين و شموله لكل ادعاء مالى على ما عرفت و عدم اختصاصه بالضابطة التى ذكرها المحقّق، فإنّه لا- يثبت بهما العناوين، كالنكاح و الزوجة و النسب حتّى يترتّب عليها آثارها.

الثانى: قد عرفت أنّ المحقق استشكل فى الوقف و ذكرنا وجه تردّده لكن الحقّ هو التفصيل بين الوقف العام كالوقف على الفقراء و الطلّاب و الزوّار، و الوقف الخاص كالوقف على الأولاد، فالمالك فى الأوّل هو العناوين الكلّية لا الأفراد الخارجية منهم، و لذلك لا

يصحّ لهم إقامة الدعوى على العين الموقوفة، لأنّهم ليسوا بمالكين و لا متولّين، نعم يصحّ للحاكم إقامة الدعوى و إثباتها بشاهد و يمين و ليس عمل الحاكم من قبيل إثبات مال الغير بحلفه، لما عرفت من ولايته على أموال الفقراء و غيرهم.

و أمّا الوقف الخاص، فيصحّ حلفهم لكونهم مالكين للأصل و المنفعة، غاية الأمر ليس لهم بيع الموقوفة و تبديلها، و من ثمّ صحّ لهم الحلف.

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۲۷۹.

إذا ادَّعت جماعة مع الشاهد الواحد

إذا ادّعت جماعة مالًا عند رجل انتقل إليهم بسبب خاص كالإرث، يكفى الشاهد الواحد فى المقام لأنّ شهادته تنحلّ إلى شهادات حسب تعدّد الأفراد، و أمّا الحلف، فلا يكفى حلف واحد منهم، و إنّما يثبت حقّ الكلّ بحلف الجميع، لأنّها تنحلّ إلى دعاوى متعدّدة.

و قد نقل صاحب الجواهر عن المقدّس البغدادى كفايةَ الحلف الواحد و يُحمل على ما إذا كان المدّعى وليّاً، أو حاكماً حيث إنّ له حقّ إقامة الدعوى للمولّى عليه واحداً كان أو كثيراً و إلّا فهو بظاهره غير صحيح.

و لو افترضنا حلف البعض دون الآمر يثبت بمقدار سهم الحالف و هل المأخوذ له، أو لا؟ فهنا وجوه و احتمالات:

۱- يكون المأخوذ مشاعاً و مشتركاً بين الحالف و الناكل سواء كان المدّعى به عيناً، أو ديناً.

۲- التفصيل بين العين فيكون المأخوذ مشاعاً، دون الدين بل يختصّ بالحالف.

۳- يختصّ بالحالف و يُحْرم الناكل مطلقاً، سواء كان المدّعى به عيناً أو ديناً.

و لكلّ وجه:

أمّا الأوّل: فإنّه لا إشكال فى الاختصاص بالحالف إذا باع سهمه من المدّعى عليه أو وهبها من غيره أو أبرأ ذمّة الغريم منه، إنّما الكلام فيما إذا قبضَ حصّيته من العين أو الدين فبما أنّه يعترف بالشركة يكون المقبوض مشاعاً بينه و بين الناكل و بالجملة هو يعترف بأنّ ما يأخذه جزء من المال أو الدين المشاع بينه و بين غيره و معه كيف يختصّ بالحالف؟!

و أما الثانى و هو التفصيل بين العين و الدين فوجهه أنّ العين مشتركة بينهما، و إفراز الغريم، لا يخرجها عن الإشاعة من دون رضا الشركاء فتبقى على إشاعتها، و هذا بخلاف الدين فإنّ ذمّة الغريم مشغولة بكلّ واحد من الشركاء على نحو الاستقلال فإفراز سهم واحد منهم، يتوقّف على نيّة الدافع، و ذلك لأنّ المفروز ملك للدافع بالأصالة، و إنّما يخرج عن ملكه إذا أدّاه بنيّة الدين، فلو أخرجه عن ملكه بنيّة أنّه سهم الحالف يكون ملكاً له، و يتشخّص جزء من الدين الكلّى فى المقبوض.

و الحاصل فرق بين العين و الدين، فإنّ تقسيم الأولى، و تشخّص مال كلّ واحد فى المقبوض يتوقّف على رضا المشاركين و لا يكفى رضا الدافع، إذ لا دور له فى إفراز مال الغير المشخّص، و هذا بخلاف الدين فإنّ ذمّته مشغولة بكلّ واحد منهم بمقدار سهمه، و ليس إفراغ ذمّته بالنسبة إلى واحد منهم، متوقّفاً على إفراغها من الفرد الآخر و تعيّن جزء من ماله، يتوقّف على تمليكه و المفروض أنّه ملّكه للحالف، دون الآخر و كون أصل الدين مشتركاً أو مشاعاً، لا يمتنع تعيّن ما دفعه للحالف.

و أمّا الثالث: فما ذكر فى الدين لا غبار عليه، لكن الكلام فى اختصاص المقدار المقبوض من العين للحالف و وجهه أنّ العين و إن كانت مشاعة و لا تخرج عن الإشاعة بنيّة الدافع، لكن لمّا كان فى وسع الناكل أن يحلف و يستنقذ سهمه و لكنّه امتنع بلا وجه يكون

حكم الحاكم فى مورد تمّت الحجّهٔ فيه للحالف، تقسيماً قهرياً للعين المشاعهٔ لأنّ المفروض أنّه يحكم بأنّ المقبوض للحالف، دون الناكل، و معنى صحّهٔ الحكم هو التقسيم القهرى.

أضف إلى ذلك أنّه لولاه يلزم الضرر على الحالف لعدم إمكان أخذ حقّه بدون إذن الشركاء.

و ما ذكرناه من تعيّن المأخوذ للحالف من الدين يطابق القاعدهٔ و لا يخالفه

نظام القضاء و الشهادهٔ فى الشريعهٔ الإسلاميهٔ الغراء، ج۱، ص: ۵۳۹

ما ورد فى باب الشركهٔ من أنّه إذا قبض أحد الشريكين ما جعل له، شاركه الآخر فيما قبضه أعنى ما روى عن أبى جعفر عليه السلام سئل أبو جعفر عن رجلين بينهما مال، منه بأيديهما. و منه غائب عنهما فاقتسما الذى بأيديهما، و أحال كلّ واحد منهما من نصيبه الغائبَ فاقتضى أحدهما و لم يقتض الآخر قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله. «۱»

و ذلك لأنّ القدر المتيقّن من الروايهٔ ما إذا أدّى الدافع بما أنّه مال للشركهٔ و عندئذ لا يتشخّص للقابض و إلّا فلو أدّى بما أنّه سهمه دون سهم الآخر، لكان المقبوض له.

ثمّ إنّ نكول الشريك الآخر، من الحلف ليس مثل نكول المدّعى من الحلف حيث يكون حكم الحاكم فيه بمعنى براءهٔ ذمّهٔ المدّعى عليه من الدين و هذا بخلاف المقام، فإنّ الامتناع من الحلف بمعنى إيقاف المحاكمهٔ و تأخيرها إلى وقت آخر حتّى يأتى بالشاهد الثانى و لأجل ذلك لو مات الناكل، قام وارثه مقامه فلو حلف مع سبق الشهادهٔ يثبت حقّه. و لا يضرّ الفصل.

شرائط نفوذ اليمين فى القضاء بالشاهد و اليمين

ذكر المحقّق لنفوذ اليمين شرطين:

أحدهما: أن يحلف بما يعرفه يقيناً.

ثانيهما: لا يثبت باليمين مالًا لغيره.

أمّا الأوّل فقد تضافرت الروايات على أنّه لا يحلف الرجل إلّا على علمه «۲»

---

(۱) الوسائل: الجزء ۱۳، كتاب الشركهٔ، الباب ۶، الحديث ۱.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۶، الباب ۲۲ من أبواب كتاب الأيمان، الحديث ۴۱.

نظام القضاء و الشهادهٔ فى الشريعهٔ الإسلاميهٔ الغراء، ج۱، ص: ۵۴۰

إنّما الكلام فى معنى العلم، فهل المراد منه العلم الوجدانى أى العلم حسب اصطلاح المنطقيين و هو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع أو المراد الأعم منه و من الحجّهٔ الشرعيهٔ كالبيّنهٔ، و اليد و الاستصحاب، و إن استشكل صاحب الجواهر فى الأخير و قال: «لعدم العلم المعتبر فى الحلف الذى لم يثبت قيام نحو ذلك مقامه فى الفرض بل لعلّ الثابت خلافه». «۱» و قد أفتى المحقّق بجواز الشهادهٔ تعويلًا على الاستصحاب و على ذلك لا فرق بين الحلف و الشهادهٔ خصوصاً إذا قلنا بأنّه من الأُصول التنزيليهٔ، التى ينزل فيها المؤدّى منزلهٔ الواقع. و الله العالم.

و أمّا الثانى فدليله انصراف أدلّهٔ اليمين مطلقاً و خصوص قوله عليه السلام فى المقام: «مع يمين صاحب الحقّ أو مع يمين طالب الحقّ» «۲» إلى ذلك أى كون اليمين لصالح الحالف، لا لغيره.

و قد فهم المحقّق و غيره من هذه الروايات إثبات الملك لنفسه، و لكن أنّ الموضوع أوسع منه بل كلّ من تصحّ منه إقامهٔ الدعوى، يصحّ منه الحلف سواء أثبت الملك لنفسه أو لغيره الذى له صلهٔ به فى مورد الدعوى و على ضوء ذلك يصحّ الحلف من وليّ الطفل

و المجنون و متولّى الوقف و الحاكم بالنسبة إلى الأموال العامّة، كالزكوات و الأخماس و الإمام و أمّا التعبير عن الحالف بصاحب الحقّ و طالبه فهو وارد مورد الغالب أو المراد منه من له صلة له بحيث يعدّ صاحبَه و طالبَه و الشاهد على ذلك، إن الإمام أقام الدعوى على من استولى على درع طلحة، بما انّه ولى أُمور المسلمين و أموالهم، و لو كان شريح واقفاً بالضابطة و طلب من الإمام الحلف بعد إقامة الشاهد الواحد، لما امتنع الإمام منه، مع أنّه لم يكن يثبت الملك لنفسه و بما ذكر تنحل مشكلة المدير العامل فى الشركات الكبيرة، حيث يتمتع باختيارات منها إقامة الدعوى لصالحها فلو أقام شاهداً

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۲۸۲.

(۲) الوسائل: الجزء ۱۸، الباب ۱۴، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۸ و ۹.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۴۱

و حلف، فلا يثبت المال لنفسه بل للشركة بما أنّه مديرها و متولّيها، كلّ ذلك يعرب عن أنّ المناط صحّة إقامة الدعوى و أن لا يكون الحالف بالنسبة إلى مورد الدعوى أجنبياً فاقداً للمسئولية و بذلك يظهر أنّ ما أفاده السيّد الطباطبائى فى ملحقات العروة غير تامّ. قال: إذا كان المدّعى قيم الصغير أو المجنون و أقام شاهد واحداً ليس له الحلف بل يتوقّف إلى أن يبلغ الصغير و يفيق المجنون و إن اقتضت المصلحة طى الدعوى بالمصالحة مع المدّعى عليه جاز. «۱» و من المعلوم أنّ الإيقاف ربّما ينتهى إلى ضرر المولّى عليه.

لو ادّعى غريم الميّت مالًا له على آخر

لو ادّعى غريم «۲» الميّت مالًا له على آخر مع شاهد.

أقول: إنّ للمسألة صوراً:

۱- أن يكون الدين غير مستوعب.

۲- أن يكون الدين مستوعباً و قلنا بانتقال التركة إلى الورثة غاية الأمر تكون التركة رهناً فى مقابل الدين.

۳- بقاء التركة فى ملك الميّت أو فى حكم ملكه.

فعلى الأوّل و الثانى يتوجّه اليمين إلى الوارث لأنّه صاحب الحقّ و طالبه و مالكه و لا تصل النوبة إلى الغريم (الدائن) و الحلف لأجل إثبات الملك للحالف و أمّا على الثالث فالوارث و الغريم بالنسبة إلى الدين متساويان كما مرّ و توهّم عدم نفوذ يمين الوارث لأنّ المحلوف به إثبات المال للغير (الميّت) لا يضرّ لما

(۱) السيّد الطباطبائى، ملحقات العروة: ۲/ ۹۵.

(۲) المراد من الغريم هنا هو الدائن، و يستعمل أحياناً بمعنى المديون و قد نصّ الجوهرى فى الصحاح و الفيروزآبادى فى القاموس على أنّه من الأضداد.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج۱، ص: ۵۴۲

عرفت من كفاية كون الحالف مأموراً بالأخذ و الدفع، فإنّ المتولّى لأُمور الميّت و تحصيل دينه و صرفه فى مواضعه هو الولد، فيجوز حلفه و لأجل ذلك يجوز له أداء الدين من الخارج و إن كان الدين مستوعباً و لأنّه إذا أبرأه الغريم يكون الدين له.

و مثله الغريم، فيصحّ له الحلف لأنّ الغاية من إثبات الملك للميّت هو تملّكه و لأجل ذلك يجب اقتران الحلف على مالكية الميّت للدين، بشىء يدلّ على أنّ له حقّاً فى ذمّة الميّت حتّى يكون الدين المحلوف به، له فى النهاية و بذلك يظهر إتقان ما ذكره السيّد

الطباطبائی حیث صحّح یمین کلّ من الوارث و الغریم و قال بجواز حلف الوارث مطلقاً مستوعباً کان الدین أو لا و لو قلنا ببقاء ما یقابل الدین علی ملک المیّت أو علی حکم ملکه فی الدین غیر المستوعب، فضلًا عن المستوعب الذی یکون الکلّ علی ملکه ثمّ علّل جواز حلف الوارث بأنّ له تعلّقاً إلی أن قال إنّ ما ذکر من عدم جواز حلف الغریم إنّما هو إذا حلف علی أنّ المال للمیّت و أمّا إذا حلف علی أنّ له حقّاً فی استیفاء دینه من هذا المال فلا نسلّم عدم جوازه، لأنّه حینئذ حلف علی حقّ نفسه و إن لم یثبت به کونه مالًا للمیّت. «۱»

کما ظهر الضعف فی کلام المحقّق حیث قال: و إن امتنع الوارث لم یحلف الغریم. و قد عرفت أنّهما فی مقابل الدین المستوعب سواسیة.

نعم لو امتنع الوارث فی الدین غیر المستوعب فهنا وجهان:

۱- یحلف الغریم.

۲- یقوم الحاکم مکان الوارث و یحلف، و ذکر فی الجواهر احتمالًا ثالثاً و هو أنّه للغریم إحلاف المدّعی علیه، لأنّ له تعلّقاً بذلک فإن أحلفه برأ من

---

(۱) السیّد الطباطبائی، ملحقات العروة: ۲/ ۹۶.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج۱، ص: ۵۴۳

الغریم، و لم یبرأ من الوارث. «۱»

إذا ادّعی الورثة دیناً لمورّثهم علی أحد «۲»

إذا ادّعی الورثة دیناً لمورّثهم علی أحد و أقاموا شاهداً واحداً و حلفوا ثبت حصصهم، و إن امتنع البعض عن الحلف، لم یشارک الباقین، لما عرفت من تعیّن الحصص فی مال مشخص، یتوقّف علی نیّة الدافع، و المفروض أنّه دفع بما أنّه سهم الحالف، لا السهم المشترک بین الحالف و الناکل و قد تقدّم.

و لو کانت للمیّت وصیّة فی مورد الدین یثبت بالحلف «۳» و ذلک لأنّها من غیر فرق بین کونها عهدیة أو تملیکیة.

أمّا الأُولی کأن یوصی بشیء من ترکته لزید، و یلحق بها الإیصاء بالتسلیط علی حقّ و أمّا الثانیة کأن یوصی بما یتعلّق بتجهیزه أو باستئمار الحجّ أو الصلاة أو نحوهما. نعم لا موضوع للقسم الثالث للوصیّة و هو الوصیّة الفکیّة کأن یوصی بفکّ ملک کالإیصاء بالتحریر، لأنّ المفروض أنّ المشهود به، هو الدین لا العین حتّی یتحقّق فیها الإیصاء الفکیّ.

ثمّ إنّ الموصی له لو کان شخصاً معیّناً، أو أشخاصاً معیّنین، یحلفون و یأخذ کلّ حصّته و إن کانوا غیر محصورین کما إذا کان الموصی له هو نوع الفقراء، فمن المحتمل، حلف الحاکم إذا کان عالماً و اختار السیّد الطباطبائی أنّه لا بدّ من ثبوتها بشاهدین أو رجل و امرأة. لخروج المورد عن الضابطة و فیه تأمّل یعلم ممّا سبق.

و لو کان بین الورثة مولّی علیه لصغر و نحوه قال المحقّق: یوقف نصیبه فإن کمل و رشد حلف و استحق المال و إن امتنع لم یحکم له. و إن مات قبل ذلک

---

(۱) الجواهر: ۴۰/ ۲۸۳.

(۲) قد تقدّم نظیر المسألة فی قوله: «إذا ادعت جماعة مع الشاهد الواحد».

(۳) أی حلف الموصی له.

کان لوارثه الحلف و استیفاء نصیبه «۱».

یلاحظ علیه: مضافاً إلی انتهاء ذلک إلی ضیاع حقّ الصغیر أنّه یکفی فی الحلف کون الحالف مسئولًا فی مورد المال، کالوصی و الیتیم و الحاکم فیکفی حلفهم.

مسائل ثلاث:

اشارة

ذکر المحقّق فی المقام مسائل خمس و نحن نذکر منها ثلاثاً، لخروج الباقی عن مورد الابتلاء فی زماننا هذا.

المسألة الأُولی: فیما إذا ادّعی بعض الورثة وقفیة الدار للأولاد

إذا کان الوارث جماعة فادّعی بعضُهم أنّ المورِّث وقف علیهم بعضَ أعیان الترکة کالدار مثلًا و أقاموا شاهداً واحداً لیضمُّوا إلیه الیمین و قلنا بثبوت الوقف کما سیوافیک بشاهد و یمین فله صور سیأتی بیانها و لنذکر أُموراً تلقی الضوء علی المسألة:

۱- ربّما یتصوّر أنّ الحاجة للحلف لأجل وجود من ینکر الوقف من الورثة فی جمیع الصور و ذلک لأنّه لو کانوا متّفقین علی الوقف ثبت الوقف علیهم بلا یمین لصحّة إقرارهم بما فی أیدیهم و إلیه أشار الشیخ فی المبسوط قال: و إنّما تفرض المسألة إذا کانت مع البنین (المدّعین) غیرهم لأنّه لو لم یکن غیرهم یثبت الدار وقفاً علیهم بلا یمین. «۲»

قلت: إنّ الحاجة إلی الیمین لأجل دفع تعلّق الدیون و الوصایا بها، و اتّفاقهم علی الوقفیة لا یغنی عن الحلف. و علی ذلک یمکن تصویر الصور الآتیة

---

(۱) المحقّق الحلّی، الشرائع: ۴/ ۹۳.

(۲) الطوسی، المبسوط: ۸/ ۱۹۵.

بلا منکر.

۲- إنّ الداعی لادّعاء الوقفیة ربّما یکون علمهم بکون الدار وقفاً و خوفهم من الله إذا سکتوا او أنکروا و ربّما یکون الداعی قطع ید الدیّان أو الأوصیاء عنها حتّی لا یتعلّق بها حقّهم، و یؤدّی الدیون من سائر الترکة لو کانت.

۳- إنّ الکلام فی المقام علی القول بکفایة الشاهد و الیمین فی إثبات الوقف قال الشیخ: فمن قال ینتقل إلی الموقوف علیه قال یثبت بالشاهد و الیمین، لأنّه نقل ملک من مالک إلی مالک، و من قال ینتقل إلی الله لا إلی مالک قال: لا یثبت إلّا بشاهدین لأنّه إزالة ملک إلی الله کالعتق. «۱» و قد مرّ إثبات کفایتهما فی إثبات المال دون العنوان (الوقف) و لکن لمّا کان إثبات المال فی المقام متّحداً مع إثبات العنوان، لا بأس بثبوته بهما و إن لم نقل بالإثبات فی سائر العناوین.

۴- إنّ الوقف ینقسم إلی وقف الترتیب و وقف التشریک، فلو قالوا إنّه وقف علینا، و بعدنا علی أولادنا فهو وقف ترتیبی و لو قالوا

وقف علينا و على أولادنا بحيث يشارك أولادُ الأولاد مع الطبقة الأولى فهو وقف تشريكى.

۵- قد قدّم المحقّق الكلام فى الأوّل (وقف الترتيب) و نحن نقتفيه و جعل للمسألة صوراً ثلاثاً:

الف: إذا ادّعى بعض الورثة، و لكن فى مقام الحلف حلف الجميع.

ب: إذا ادّعى بعض الورثة، و امتنع الجميع عن الحلف.

ج: إذا ادّعى بعض الورثة، فمنهم من حلف و منهم من لم يحلف.

و إليك الكلام فى جميع الصور:

الصورة الأُولى: قال المحقّق: فإن حلف المدّعون مع شاهدهم قضى لهم. «٢»

و يترتّب على ذلك خروج الدار عن تعلّق حقّ الديّان بها، و لا يقضى منها

---

(١) الطوسى، المبسوط: ٨/ ١٩۵.

(٢) المحقّق الحلّى، الشرائع: ۴/ ٩٣.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۵۴۶

الوصايا فإن كانت للميّت تركة غيرها، تتعلّق الديون و الوصيّة بها و يُقسم الباقى على أسهم الإرث.

ثمّ إذا انقرضوا فهل تحتاج الطبقة الثانية إلى الحلف أو تثبت عليهم و على سائر الطبقات بحلف الطبقة الأُولى؟ قال فى المسالك: وجهان مبنيان على أنّ البطن الثانى يتلقّون الوقف من البطن الأوّل أو من الواقف فإن قلنا بالأوّل و هو الأشهر فلا حاجة إلى اليمين كما إذا أثبت الوارث ملكاً، بشاهد و يمين ثمّ مات فإنّ وارثه يأخذه بغير يمين إلى أن قال: و إن قلنا بالثانى، لم يأخذ إلّا باليمين كالبطن الأوّل. «١»

يلاحظ عليه: بأنّ الظاهر أنّ كلّ طبقة يتلقّى من الواقف و ما ذكره من أنّ الأشهر الأخذ من الطبقة الأُولى لما تحقّقه و مع ذلك كلّه يكفى حلف الطبقة الأُولى، و ذلك لأنّ المحلوف به هو الوقف الذُرىّ و هو أمر واحد مستمرّ و على ذلك جرى المحقّق حيث قال فى أوائل المسألة الثالثة: «و لا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفة لأنّ الثبوت الأوّل أغنى عن تجديده» و لعلّ مقصوده من الثبوت الأوّل هو ما ذكرناه من أنّ الوقف أمر مستمرّ، و ثبوته عين ثبوت الاستمرار و لأجل ذلك أضاف المحقّق و قال: «و كذا إذا انقرضت البطون و صار إلى الفقراء أو المصالح» وجه عدم الحاجة هو أنّ ثبوت الوقفية يلازم الاستمرار فإذا كان المحلوف به هو كون البيت وقفاً لهم ثمّ على الفقراء بعد انقراض النسل، يثبت كونه وقفاً لهم فلا حاجة إلى اليمين.

الصورة الثانية: و هى ما إذا نكل الجميع عن اليمين قال المحقق: و إن امتنعوا حكم بها ميراثاً يقضى منه الديون و الوصايا و كان نصيب المدّعين (الجميع) وقفاً نعم لو كان بين الورثة منكر، فلا يكون تحت يده وقفاً و لو ماتوا تكون حصّة كلّ واحد وقفاً أخذاً بإقرار آبائهم بأنّ البيت وقف و عدم حلفهم لا

---

(١) زين الدين العاملى، المسالك: ٢/ ۴٢٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۵۴٧

يضرّ بإقرارهم فلا يحتاج إلى اليمين لأنّ الواصل إلى كلّ مدع للوقفية أمر لا منازع فيه فيكفى الإقرار من كلّ بطن بأنّ ما فى يده وقف، و يكون حجّة للبطن الآخر.

و من هنا يعلم عدم الحاجة إلى عنوان فرع آخر و هو ما فى المسالك قال: و هل للأولاد أن يحلفوا على أنّ جميع الدار وقف؟ وجهان من كون الأولاد تبعاً لآبائهم فإذا لم يحلفوا لم يحلفوا، و من أنّهم يتلقّون الوقف من الواقف فلا تبعية «١»، لما عرفت من أنّ الإقرار بلا

منازع يكون حجّة على الإنسان و من خلفه إلّا أن يكون الحلف لأجل قطع يد الديّان و غيره.

الصورة الثالثة: و هى ما إذا اختلفوا فى اليمين (لا ـ فى ادّعاء الوقفية) فمنهم من حلف و منهم من لم يحلف قال المحقّق: ثبت نصيب الحالف وقفاً، و كان الباقى طلقاً يقضى منه الديون و يخرج الوصايا، و ما فضل يكون ميراثاً. و ما يحصل من الفاضل للمدّعين، يكون وقفاً.

و كلامه هذا يشير إلى أُمور:

١- نفترض أنّ الورّاث ثلاثة بين حالف و ناكلين، فميراث الحالف يكون وقفاً، لأنّه أقام شاهداً و حلف و لا يتعلّق به الدين و الوصايا.

٢- الباقى كالثلثين إذا كان الناكلان ذكرين يكون ميراثاً لهما حسب الظاهر يخرج منه الديون و الوصايا و ادّعاء الناكلين الوقفية لا يؤثر فى منع إخراج الديون و الوصايا، ما لم يحلفوا فلأجل ذلك، تقدّم الديون و الوصايا على التقسيم، و أمّا باقى التركة ففيها احتمالات:

أ: يقسّم بين الناكلين حسبَ سهامهم فلو كانوا إخوة، يقتسمان ثنائياً و ليس للناكلين التصرّف فيما بأيديهم حسبَ إقرارهم و إلى ذلك يشير المحقّق بقوله: و ما يحصل من الفاضل للمدّعين يكون وقفاً ..

---

(١) زين الدين العاملى، المسالك: ٢/ ٤٢٠.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٤٨

ب: يُقسَّم بين الجميع حتّى الحالف، قال فى الجواهر: كما هو ظاهر بعض بل عن بعضهم التصريح به لا ـ عتراف غيرهم من الورثة باشتراكه بينهم أجمع فيؤخذون بإقرارهم و يقسّم على الحالف و غيره.

يلاحظ عليه: كما فى الجواهر أنّهم إنّما يعترفون بالاشتراك فى الجميع و أنّ ما أخذه الحالف بالوقفية إنّما استحقه بالإرث، و الحالف أيضاً معترف لهم بذلك، فلا وجه لاشتراكه فى الباقى. و الحاصل أنّ اعترافهم بالشركة مقيّد، بكون ما أخذه الحالف جزء من الشركة، فإذا استولى عليه أحد الورّاث و لو باسم الوقف، فقد أخذ حقّه فى نظر الباقين فليس لهم اعتراف فى هذه الحالة.

ج: يقسم بين الناكلين، لكن لو زاد نصيبهما إرثاً على نصيبهما وقفاً يكون الزائد مجهول المالك، كما إذا كان الحالف ذكراً، و الناكلان انثى فلو كانت الدار وقفاً تقسّم بين الثلاثة بالسوية و يكون لكلّ واحد ثلثها و لو كانت الدار ميراثاً، تقسم أرباعاً، فللحالف ربعان، و لكلّ واحد من الناكلين ربع فيزيد سهم كلّ من البنتين على الوقف عمّا تستحقان على الإرث، فلو افترضنا الدار اثنى عشر سهماً، يكون سهم كلّ بنت على الوقفية أربعة سهام و على الميراث ثلاثة، فكلّ سهم من سهام البنتين يكون مجهول المالك لأنّ كلًّا من الحالف و الناكلين يردّه أمّا الحالف لأنّه يدّعى الوقفية و قد أخذ سهمه و عليها تقسَّم الدار بالسوية و أمّا الناكلان فيدّعيان الميراث، فميراث كلّ بنت بمقدار الربع و هو أقلّ من الثلث.

٣- إذا مات أحد الناكلين انتقل ما أقرّ بوقفيته، إلى الحالف دون ورثتهما، لأنّه مقتضى إقرارهما بالوقف الترتيبى.

٤- إذا مات الحالف انتقل ما أثبته من ثلث الدار إلى الناكلين.

***

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ٥٤٩

المسألة الثانية: فى ادّعاء وقف التشريک

إذا ادّعى بعض وقف التشريك و أنّ المورِّث وقف البيتَ على أولاده و أولاد أولاده بحيث لو كان له أولاد ثلاثة، و تولّد لبعضهم

ولد يكون شريكاً مع الأعمام و الأب فى المنافع فعندئذ يقع الكلام فى أنّ البطن الثانى يفتقر إلى اليمين أو لا. اختار المحقّق فى المقام لزوم الحلف على خلاف ما اختاره فى الوقف الترتيبى قائلًا: بأنّ البطن الثانى بعد وجودها تعود كالموجودة وقت الدعوى، ضرورة تلقّى الجميع من الواقف و لا يثبت حقّ أحد منهم بيمين غيره. و قد مرّ أنّه قدَّس سرَّه اختار فى الوقف الترتيبى عدم حاجة البطن الثانى إلى اليمين قائلًا بأنّ الثبوت الأوّل أغنى عن تجديده، بمعنى الاكتفاء بثبوته فى حقّ الأوّلين عن إثباته فى حقّ البطن الثانى. و على هذا يبقى بيان الفرق بين القسمين بعد اشتراكهما فى أخذ الوقف عن الواقف و إليك بيانه:

إنّ البطن الثانى فى الوقف الترتيبى فى طول البطن الأوّل، فإذا ثبت كون البيت وقفاً كلّه و لو للبطن الأوّل يكفى للبطن الثانى أيضاً، و هذا بخلاف التشريكى فإنّ البطن الثانى، عدل للبطن الأوّل فحلفهم لا يكفى لمن هو عدل لهم و فى عرضهم.

و لكن الفرق غير واضح، و ذلك: لأنّ البطن الثانى و إن كان فى عرض البطن الأوّل، لكن بعد وجوده و تولّده و أمّا قبله فقد ثبت كون البيت كلّه وقفاً، فهذا الثبوت أغنى عن تجديده. و الحاصل أنّ البطن الثانى فى كلا القسمين يتلقّون الوقف من الواقف غير أنّهم فى الترتيبى لا- ينتفعون بالوقف ما دام الأوّل موجوداً، بخلاف التشريكى، و أمّا وقفية البيت كلّه فتثبت قبل البطن الثانى وجوداً أو انتفاعاً فإن كان يكفى الثبوت الأوّل، فلازمه الكفاية مطلقاً و إلّا فلا و التفريق غير واضح.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۵۵۰

و قد عرفت منّا أنّ ماهية الوقف أمر مستمرّ غير منقطع فثبوته نفس ثبوت الاستمرار، فلا حاجة إلى تجديده و على ضوء ذلك إذا صار لأحد الإخوة ولد، يشاركهم منذ تولّده بلا حاجة إلى اليمين و بهذا يُستغنى عن الفرع الذى ذكره المحقّق فى ضمن المسألة الثالثة إذ هو مبنى على لزوم حلف البطن الثانى فى التشريكى بعد البلوغ و قد عرفت عدم لزومه و إليك كلامه قدّس سرَّه: لو ادّعى إخوة ثلاثة أنّ الوقف عليهم و على أولادهم مشتركاً فحلفوا مع الشاهد ثمّ صار لأحدهم ولد فقد صار الوقف أرباعاً (بعد ما كان أثلاثاً) و لا تثبت حصّة هذا الولد ما لم يحلف لأنّه يتلقّى الوقف عن الواقف فهو كما لو كان موجوداً وقت الدعوى و يوقف له الربع. «۱»

ثمّ يقع الكلام فى أنّه إذا عزل فهل يدفع إلى وليّه أو إلى أمين حتّى يبلغ؟

و هناك احتمال آخر و هو أنّه إذا قلنا بلزوم حلفه، فلما ذا لا يحلف عنه وليّه كما فى سائر المقامات و ليس هذا حلفاً لإثبات الملك لشخص أجنبى، و إنّما هو حلف لما هو تحت ولايته و قيمومته، و من المعلوم أنّ الصبر و الانتظار يؤدّى إلى ضياع الحقّ.

و قد عرفت أنّا فى غنى عن هذا الفرع، و الفرع الذى ذكره بعد. قال: «فإن كمل (بالبلوغ و الرشد) و حلف، أخذ الربع و غلّته المتجدّدة بعد ولادته. و إن امتنع فقد ذكروا لمصرفه وجوه:

۱- قال الشيخ: يرجع ربعه على الإخوة لأنّهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم و الولد بامتناعه جرى مجرى المعدوم، و أورد عليه باعتراف الإخوة بعدم استحقاق الربع فكيف يجوز لهم أخذه؟!

۲- صرفه إلى الناكل لاعتراف الإخوة باستحقاقه.

(۱) نجم الدين الحلّى: الشرائع: ۴/ ۹۴.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ۱، ص: ۵۵۱

۳- أنّه وقف تعذّر مصرفه.

إلى غير ذلك من الوجوه المحتملة.

و لكنّا فى غنى عن هذه الآراء و عن عقد الفرع، كما فى غنى عن الفرع التالى أيضاً، و هو:

لو مات أحد الإخوة قبل بلوغ الطفل، عزل له الثلث من حين وفاة الميّت لأنّ الوقف صار أثلاثاً و قد كان له الربع إلى حين الوفاة فيضاف إليه نصف سدس ۱/ ۱۲ فإن بلغ و حلف أخذ الجميع و إن ردّ ففيه وجوه.

لأنّ کلّ ما ذکر مبنی علی لزوم الیمین علیه و قد عرفت عدم الحاجهٔ و الله العالم.

المسألهٔ الثالثهٔ: فی ثبوت الدیهٔ و عدمها

تثبت بالشاهد الواحد مع الیمین الدیهٔ فیما إذا ادّعی علیه القتل خطأ أو عمد الخطأ، لما عرفت من عموم حجّیتهما فی إثبات المال، و أمّا إذا ادّعی علیه القتل الموجب للقصاص کما إذا کان عمداً فلا یثبت بهما. و أقصی ما یفیده الشاهد الواحد کونه موجباً لاحتمال صدق المدّعی للقتل، و یصیر الموضوع صالحاً للقسامهٔ کما حرّر فی محلّه نعم لو قلنا باعتبارهما فی مطلق حقّ الناس، لثبت بهما و قد عرفت عدم صحّته و اختصاصهما بالأموال و عدم إثبات العنوان.

[خاتمهٔ تشتمل علی فصلین]

[الفصل الأول] فی کتاب قاض إلی قاض

و قبل الخوض فی المقصود نقدم أُموراً:

اشارهٔ

۱- إن الداعی لإبلاغ الحکم إلی قاض آخر أحد الأُمور التالیهٔ:

أ: إعلامه بإنهاء الخصومهٔ و قطع المنازعهٔ، حتّی لا یتصدّی القاضی الثانی

نظام القضاء و الشهادهٔ فی الشریعهٔ الإسلامیهٔ الغراء، ج۱، ص: ۵۵۲

بفصلها، لأنّها فصلت فصلًا شرعیّاً.

ب: استیفاء الحقوق بإجرائه حکم القاضی الأوّل، إذ ربّما لا یستطیع الأوّل، الإجراء، لتباعد الغرماء عن أصحاب الحقوق.

ج: ربّما یکون حکم الحاکم الأوّل قضاء علی الغائب، و الغائب علی حجّته، فله أن یرفع الشکوی إلی القاضی الآخر، فیبلغه حکمه حتّی یکون علی اطلاع من صدور حکم علیه فیأخذ حذره.

۲- إنّ الهدف من إنهاء الحکم إلی قاض آخر لیس طلب القضاء و إصدار الحکم علی وفق حکمه، و ذلک لأنّ صدور الحکم رهن قیام البیّنهٔ و الأیمان عند القاضی الثانی، و لم تقم عنده فیکون الحکم علی وفق حکمه من قبیل الحکم بما لا یعلم، بل المقصود، هو أحد الأُمور السابقهٔ قال سیّدنا الأُستاذ: الظاهر أنّ إنفاذ حکم الحاکم أجنبیّ عن حکم الحاکم الثانی فی الواقعهٔ، لأنّ قطع الخصومهٔ، حصل بحکم الأوّل، و إنّما أنفذه و أمضاه الحاکم الآخر لیجریه الولاهٔ و الأُمراء، و لا أثر له بحسب الواقعهٔ فإنّ إنفاذه و عدم إنفاذه بعد تمامیهٔ موازین القضاء فی الأوّل سواء و لیس له الحکم فی الواقعهٔ لعدم علمه، و عدم تحقق موازین القضاء عنده. «۱»

۳- لا ینفذ الحکم و لا تفصل الخصومهٔ إلّا بالإنشاء لفظاً و لا عبرهٔ بالإنشاء کتباً و سیوافیک البحث فیه.

۴- قد ذکر المحقّق أنّ إنهاء الحکم إمّا بالکتابهٔ أو القول أو الشهادهٔ، و اللازم هو البحث عن کلّ واحد علی سبیل الاستقلال، و بما أنّ الإنهاء عن طریق الکتابهٔ بما هی هی، لم یقل به أحد من الفقهاء، ذهب جماعهٔ إلی کفایتها إذا ضمّ إلیها البیّنهٔ أو الشهادهٔ و لأجل ذلک ربّما یحصل التداخل فی نقل الأقوال بین الأوّل

(۱) تحریر الوسیلة ۲، کتاب القضاء، خاتمة فیها فصلان: الفصل الأول، المسألة ۳.

و الثالث خصوصاً فی کلمات الشیخ فی الکتابین و مع ذلک نسعی أن نأخذ کلّ واحد بالبحث علی وجه الاستقلال.

أقوال الفقهاء فی إنهاء الحکم بأقسامه الثلاثة:

قال الشیخ: لا یجوز الحکم بکتاب قاض إلی قاض و خالف جمیع الفقهاء فی ذلک و أجازوه إذا ثبت أنّه کتابه. و قال أیضاً: لا یحکم بکتاب قاض إلی قاض سواء کان علی صحّته بیّنة أو کان مختوماً فإنّه لا یجوز العمل به ثمّ نقل عن سائر الفقهاء قولین:

۱- قال أهل العراق و الشافعی: یعمل به إذا قامت البیّنة علی ثبوته و لا یعمل به إذا لم تقم و إن کان مختوماً.

۲- و قال قضاة البصرة: إنّه إذا وصل مختوماً حکم و أمضاه و هو إحدی الروایتین عن مالک.

ثمّ القائلون بکفایة الکتابة المقرونة بالبیّنة اختلفوا فی تحمّل الشهادة. «۱»

فقال أبو حنیفة و الشافعی: لا یصحّ إلّا بعد أن یقرأ الحاکمُ الکتابَ علی الشهود، و یُشهدهم علی نفسه بما فیه و لا یصحّ أن یدرجه ثمّ یقول لهما اشهدا علیّ بما فیه و لا یصحّ هذا التحمّل و لا یُعمل به.

و قال أبو یوسف: إذا ختمه بختمه و عنونه جاز أن یتحمّلا الشهادة علیه مدرّجاً یُشهدهما أنّه کتابه إلی فلان فإذا وصل الکتاب إلیه شهدا عنده بأنّه کتاب فلان فیقرؤه و یَعمل بما فیه. «۲»

فتلخّص من کلامه أنّ سائر الفقهاء کفقهاء الشیعة لا ینفذون کتاب قاض

---

(۱) من هنا یحصل الخلط بین الطریق الأوّل: الکتابة و الطریق الثالث: الشهادة فتذکّر.

(۲) الطوسی، الخلاف: الجزء ۳، کتاب القضاء، المسألة ۲۲۲۰.

إلی قاض بمجرّد الکتابة لکن قضاة البصرة یکتفون فی الثبوت بأحد الأمرین: البیّنة أو کونه مختوماً و لکن أهل العراق یقتصرون بالبیّنة وحدها.

لو أرادوا من البیّنة، الشهادة علی حکم القاضی لا الشهادة علی أنّه خطّه فقد اختلفوا فی کیفیة تحمّل الشهادة، فمنهم کأبی حنیفة و الشافعی اشترطا تحمّل الشهادة تفصیلًا بقراءة القاضی أو کاتِبه الکتاب لهما، لکن أبا یوسف قال بکفایة التحمّل و لو إجمالًا.

و لکن الشیخ لا ینفذ و لا یجیز کتاب قاض إلی قاض علی أیّ وجه و لکنّه قدّس سرّه، أظهر المرونة فی کتاب المبسوط بالثبوت فیما تحمّلا الشهادة تفصیلًا لا إجمالًا و إلیک نصّه:

فإذا ثبت فکتب قاض إلی قاض کتاباً لم یجز أن یحکم بما فیه و لا یمضیه حتّی یثبت عنده بالبیّنات أنّه کتاب فلان إلیه سواء وصل مختوماً أو غیر مختوم، و قال قوم إذا وصل مختوماً حکم به و أمضاه. فإذا ثبت أنّه لا یقبل و لا یعمل علیه إلّا بالشهادة فالکلام فی فصلین: فی کیفیة التحمّل و کیفیة الأداء.

أمّا التحمّل فإذا کتب القاضی کتابه استدعی بالشهود و قرأه هو علیهم أو دفعه إلی ثقة یقرأه علیهم فإذا قرأه علیهما أو قرأه الآخر فعلیه أن یقول لهما: هذا کتابی إلی فلان و قد أشهدتکما ما فیه إلی أن قال فإذا وصل الکتاب معهما إلیه قرأه الحاکم أو غیره علی الحاکم و علیهما فإذا سمعاه قالا هذا کتاب فلان إلیک و لا بدّ أن یقولا: قد أشهدنا علی نفسه بما فیه، و سواء وصل الکتاب مختوماً أو غیر مختوم معنوناً أو غیر معنون، الباب واحد فإنّ الاعتماد علی شهادتهما لا علی الخط و الختم. إلی أن قال: فأمّا إن کتب الکتاب فأدرجه

و ختمه ثمّ استدعى بهما فقال هذا كتابى قد أشهدتكما على نفسى بما فيه لم يجز و لا يصحّ هذا التحمل. «۱»

---

(۱) الطوسى، المبسوط: ۸/ ۱۲۴۱۲۳.

هذه كلمات الشيخ، و أمّا كلمات سائر الفقهاء فمن أراد الاطّلاع عليها فليرجع إلى المغنى لابن قدامة «۱».

الإنهاء بالكتابة

إذا عرفت ما ذكرنا فاعلم أنّ إنهاء حكم الحاكم إلى الآخر إمّا بالكتابة أو القول أو الشهادة فلنأخذ كلّ بالبحث مفرداً.

أمّا الإنهاء بالكتابة فالمشهور كما عرفت عدم العبرة بها لإمكان التشبيه و التزوير، و لكن الحقّ الاعتماد عليها إذا حصل الاطمئنان بالقصد و عدم التزوير و يؤيّده السيرة المستمرّة بين العقلاء فى المقام و غيره و قد حقّق المسألة صاحب الجواهر، و قال: بل يمكن دعوى الضرورة على ذلك خصوصاً مع ملاحظة عمل العلماء فى نسبتهم الخلاف و الوفاق و نقلهم الإجماع و غيره فى كتبهم المعوّل عليها بين العلماء. «۲»

على أنّ محور القضاء و إبلاغ الأحكام إلى متولّى الإجراء، كلّها تتم بالكتابة المختومة المصونة عن التزوير، فلو اسقطنا الكتابة عن الاعتبار، لعرقلت القضاء خطى عن الإجابة على حاجات العصر.

الإنهاء بالقول

و هذا هو الطريق الثانى للإنهاء، كأن يقول القاضى الأوّل للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت قال المحقّق: ففى القضاء به تردّد نصّ الشيخ فى الخلاف أنّه لا يقبل و لكن الحقّ كفاية المشافهة فيما يترقّب من إعلام القاضى الثانى بحكمه و قد عرفناك الآثار التى يرتبها الثانى على قضاء القاضى الأوّل فى صدر البحث و لا تقتصر المشافهة على الإبلاغ بشاهدى عدل.

---

(۱) ابن قدامة، المغنى: ۱۱/ ۴۷۲۴۶۹.

(۲) النجفى، الجواهر: ۴۰/ ۳۰۴.

الإنهاء بالشهادة

اشارة

هذا هو الطريق الثالث يبحث فيه عن جهتين:

الأُولى: حجّية الشهادة:

و قد استدل المحقّق على قبولها بوجوه أربعة مختلفة فإليك بيانها:

١- إنّ ذلك ممّا تمسّ الحاجة إليه إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها فى البلاد المتباعدة غالب و تكليف شهود الأصل التنقلَ متعذّر أو متعسّر «١» فلا بدّ من وسيلة إلى استيفائها مع تباعد الغرماء و لا وسيلة إلّا رفع الأحكام إلى الحكّام. لا يقال: يُتوصّل إلى ذلك بالشهادة على شهود الأصل لأنّا نقول: قد لا يُساعد شهود الفرع على التنقل. و الشهادة الثالثة لا تُسمع.

٢- لو لم يشرع إنهاء الأحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد.

٣- لأنّ المنع من ذلك يؤدّى إلى استمرار الخصومة فى الواقعة الواحدة بأن يرافعه المحكوم عليه إلى الآخر، فإن لم ينفّذ الثانى ما حكم به الأوّل، اتّصلت المنازعة.

٤- لأنّ الغريمين لو تصادقا انّ حاكماً حكم عليهما، ألزمهما الحاكمُ ما حكم الأوّل، فهكذا لو قامت البيّنة لأنّها تثبت ما لو أقرّ الغريم به، لزم. «٢»

و لا يذهب عليك أنّ مفاد الأدلّة الثلاثة الأُول هو إثبات مشروعيّة حكم الحاكم الآخر، بإنفاذ ما حكم به الأوّل و هذا هو المقصود فى المقام.

و أمّا الآخر، فسيق لإثبات حجّية البيّنة فى إثبات حكم الحاكم و هو ليس

---

(١) بخلاف الشاهدين اللّذين يستخدمهما القاضى للإرسال و ربّما يكونان من موظفى المحكمة أو خارجها و مستعدّين للسفر حتّى يشهدا بما رأيا و سمعا.

(٢) الشرائع: ۴/ ۹۶.

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۵۵۷

بمطروح فى المقام لافتراض الإطلاق فى حجّيتها فلا حاجة إلى الدليل الرابع.

الجهة الثانية: كيفية تحمّل الشهادة

اشارة

إنّ لتحملها صوراً نشير إليها:

١- أن يَحضرا شاهدا الإنهاء خصومة الخصمين و سمعا ما حكم به الحاكم و أشهدهما الحاكم على حكمه ثمّ شهدا بالحكم عند الآخر فيثبت بشهادتهما حكمُ ذلك الحاكم لينفذ أو يثبت عنده ما حكم به على الغائب و هذه الصورة من التحمّل هى الصورة التامّة.

٢- أن يَحضرا خصومة الخصمين و يسمعا ما حكم به الحاكم من دون أن يُشهدهما القاضى على حكمه بل كان هناك استماع فقط و هذه الصورة كالأُولى فى الإثبات و لم يذكرها المحقّق.

٣- أن لا يحضرا خصومة الخصمين، بل حضرا صدور الحكم من القاضى.

٤- أن لا يحضرا شيئاً ممّا يرجع إليهما غير أنّ القاضى حكى لهما الواقعة و صورة الحكم و سمّى المتحاكمين بأسمائهما و آبائهما و صفاتهما و أخبرا بهما حكمه و قد سبق البحث عنه فى الطريق الثانى و قلنا بالكفاية و قال المحقق فيه تردد و القبول أولى لأنّ حكمه لمّا كان ماضياً كان إخباره ماضياً و قد مضى الكلام فيه.

۵- لو لم يحضرا الواقعة و إنّما أشهدهما على أنّه ثبت عنده كذا و كذا، قال المحقّق: لم يحكم به الثانى و علّله فى الجواهر بأنّ الثبوت ليس حكماً، و ليس بملازم معه.

هذه صورة التحمّل، و تكفى عامّة الصور فى إثبات صدور الحكم عن القاضى الأوّل، إلّا الأخير.

و للشاهدين أن يقصّا ما شاهدا، من الواقعة و ما سمعاه من لفظ الحاكم

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۵۵۸

و يقولا: «و أشهدنا على نفسه أو شهدنا» على كذا و كذا.

فی تغيّر حال أحد الحاكمين

لو تغيّر حال الحاكم الأوّل بموت أو عزل، لم يقدح ذلك فى العمل بحكمه، لكونه واجداً للشرائط عند الصدور نعم لو فسق ففيه التفصيل، فلو كان عادلًا حين الصدور و حين الإنهاء، (و إن فسق حين الوصول إلى القاضى الثانى أو وقت تنفيذه) كفى بخلاف ما لو افتقد العدالة فى أحد الظرفين الأوّلين.

و لو تغيّر حال المكتوب إليه، فلا يضرّ، لأنّ قضاء الأوّل حجّة على كلّ من كانت عنده البيّنة بأنّ الأوّل حكم على كذا.

مسائل ثلاث:

المسألة الأُولى: ينبغى أن يكون كتاب القاضى إلى قاض مثله، مشتملًا على خصوصيات الطرفين

بأن يشتمل على اسم المحكوم له و المحكوم عليه و اسم أبيهما، و مهنتهما، و اسم عائلتهما و رقم الهوية إلى غير ذلك من المواصفات التى بها يتعرّف على المحكوم عليه. ثمّ الشاهدان، تارة يشهدان على العين و أنّ الرجل الخارجى محكوم عليه و أُخرى على الأوصاف الكلّية، و على الأوّل، ينفّذ فى حقّه الحكم سواء أقرّ بأنّه المحكوم عليه أو لا، لقيام البيّنة على الشخص الخارجى إنّما الكلام إذا شهدا على الأوصاف و انطبقت على شخص فحينئذ إن أقرّ، فيكون مثل الشهادة على العين و إن أنكر أن يكون هو المقصود من الأوصاف الواردة فى الكتاب فله صورتان.

الأُولى: إذا كانت الأوصاف و الشهادة عليها على وجه يحتمل الاتّفاق

نظام القضاء و الشهادة فى الشريعة الإسلامية الغراء، ج ١، ص: ۵۵۹

و الشركة غالباً كما إذا اقتصر القاضى على الاسم من دون أن يشير إلى اسم العائلة و غيره كأحمد بن محمّد. فهناك وجهان:

١- بطلان الحكم من أصل و هو خيرة صاحب المسالك قال: أمّا إذا اقتصر على إنّى حكمتُ على محمّد بن أحمد، مثلًا فقيل «١» يبطل الحكم لأنّ المحكوم عليه منهم لم يتعيّن بإشارة و لا وصف حتّى لو حضر رجل و اعترف بأنّه محمّد بن أحمد و انّه المعنى فى الكتاب لم يلزم ذلك، لبطلان الحكم فى نفسه إلّا أن يُقرَّ بالحقّ بخلاف ما استقصى الوصف و لم يقصِّر و ظهر الاشتراك و اتّفق اشتباهه «٢» و مال إليه فى الجواهر و حكى عن العلّامة فى القواعد و التحرير.

٢- صحّة القضاء غاية الأمر، يرجع فى تعيين المحكوم عليه إلى قواعد القضاء و عليه هنا صور ثلاث:

أ: إذا حضر رجل و ادّعى أنّه محمّد بن أحمد و أنّه المعنى بالكتاب يُلْزَمُ بالأداء و لا يتوقّف على الإقرار بالحقّ.

ب: لو أنكر أنّه المعنىّ به و أقام المدَّعى البيّنة على أنّه المعنىّ به، يؤخذ و يُلزم بالأداء.

ج: و إن لم يقم المدّعى البيّنة لزم على المنكر اليمين على أنّه ليس بمقصود.

الثانية: ما إذا استقصى القاضى الأوصافَ و لم يقصر على وجه يعدّ احتمال الاشتراك فيها نادراً، و عندئذ فإن أقامت البيّنة على أنّه اسمه و نسبه أو صدّق المدّعى عليه أنّه اسمه و اسم أبيه و صار كلّ ما جاء فى الكتاب منطبقاً عليه و لم يوجد هناك من يشاركه فى الاسم و الصفات المذكورة، لزمه الحكم لأنّ الظاهر أنّه المحكوم عليه. و لا يلتفت إلى إنكاره، لو أنكر.

نعم لو ادّعى أنّ فى البلد رجلًا يساوى اسمه فى الاسم و النسب يكلّف

(۱) القائل هو الشهيد فى الدروس.

(۲) زين الدين العاملى، المسالك: ۲/ ۴۲۴.

بتعريفه و إثبات أنّ اسمه و نسبه مساويان معه، فيحضر المشارك فإن اعترف بالحقّ طولب به و يُخلّص الأوّل و إن أنكر وقف الحكم حتّى ينكشف و يتبيّن، للعلم الإجمالى، بأنّ أحد الرجلين محكوم بالأداء فيوقف الحكم عن التنفيذ فى تميّز المحكوم عليه.

و أمّا إذا كان المساوى فى الاسم و الوصف ميّتاً فلو دلّت القرائن على براءة الميّت كما إذا لم يعاصره المدّعى، أو كان تاريخ الحقّ متأخّراً عن موته، فيُلزم الحىّ بالدفع و إلّا وقف الحكم حتّى يتميّز المحكوم عليه كما فى صورة حياتهما.

المسألة الثانية إذا شهدت البيّنةُ على رجل بدين أو عين لآخر أو اعترف بذلك ابتداء فهل له الامتناع من الدفع أو الردّ حتّى يَشهد القابضُ بالأخذ أو لا؟

وجوه:

۱- يجوز له الامتناع دفعاً للضرر المحتمل، إذ ربّما يدّعى عليه بعد الأخذ و ليس له شاهد على الأداء.

۲- لا يجوز له الامتناع إذ مضافاً إلى أنّ الإمساك ضرر على المالك أنّ أمامه أحد الأمرين حسب اختلاف المورد. الأوّل: عدم الاعتراف بالأصل و ادّعاء براءة ذمّته ممّا يدّعيه مع اليمين الصادقة و لا ضرر فيها، أو الاعتراف بالأصل مع اليمين كما فى مورد الودعى حيث يقبل ادّعاء الردّ معها.

۳- التفصيل بين ما لو كان بالحقّ شاهد فالأوّل و إلّا فالثانى.

و اختار المحقّق القول الأوّل قائلًا بأنّ المنازعة و توجّه اليمين ممّا ينبغى دفعه خصوصاً عن ذى المروءات فيكون حسم مادّتها بالإشهاد عذراً فى تأخير الحقّ إلى أن يحكمه.

أقول: إنّ الموضوع فى كلام المحقّق المشهود عليه، حيث قال: للمشهود عليه

أن يمتنع من التسليم، و عليه ففيما لا يكون هناك شاهد بالحقّ خارج عن موضوع البحث فيكون البحث مركّزاً على ما إذا كان بالحقّ شاهد فلا يبقى موضوع للتفصيل بين ما يكون بالحقّ شاهد و عدمه لأنّ الثانى خارج عن البحث و العرف يساعد على الامتناع إذا كان بالحقّ شاهد و يرى الممتنع محقّاً و بعبارة أُخرى أنّه مأمور بالدفع و الأداء و أمّا الكيفيّة فمتروكة إلى قضاء العرف و العقلاء، و هم يرون الدفع بلا إشهاد عملًا غير عقلائى و إلقاء للنفس فى الخسران، نعم لو لم يكن بالحقّ شاهد فهو كما عرفت.

المسألة الثالثة إذا استدان جنساً أو باعه سلماً و أخذ الثمن و دفع الحجّة، فهل للمدين أو بائع السلم أن يستردّا الحجّة عند الأداء أو لا؟

قال المحقّق: لا يجب على المدّعى (الدائن و المشترى) دفع الحجّة مع الوفاء و ذلك لوجهين:

الأوّل: لأنّها حجّة له لو خرج المقبوض مستحقّاً للغير، و لا ينحصر فائدتها فى زمن ملكه بل يحتاج إليها بعد البراءة و خروج الملك عنه ليكون حجّة على الدرك.

الثانی: لأنّها ملک لمن هی فی یده و لا یجب علیه دفع ملکه إلی غیره و إن لم یکن له منفعة. «۱»

و ضعف الثانی واضح، لأنّ الحجّة لو کانت سنداً مکتوباً فهو غالباً یکون من قبل المدیون أو بایع السلف فیکون ملکاً له. فإذا قام بالوفاء یجب علیه دفعه إلیه، لأنّه لا یتجاوز عن الرهن، الذی یجب ردّه إلی الراهن بعد أخذ الدین.

و أمّا الامتناع عن الدفع، باحتمال کون المقبوض مال الغیر، فلا یکون مجوّزاً للامتناع، غایة الأمر أنّ للآخذ أن یستشهد لما قبض و أنّه فی مقابل الدین، بحیث

---

(۱) زین الدین العاملی، المسالک: ۲/ ۴۲۵.

نظام القضاء و الشهادة فی الشریعة الإسلامیة الغراء، ج ۱، ص: ۵۶۲

لو تبیّن کونه مال الغیر، کانت له الحجّة علی العود إلی الدافع. أضف إلی ذلک أنّ العرف یری الحجّة کالرهن لدی الدائن و المشتری، فإذا أدّی العین أو خرج عن العهدة تستردّ الحجّة، کالعین المرهونة و فی بعض الروایات أنّ الإمام علی بن الحسین علیهما السّلام قرض و دفع خیطاً من عباءته باسم الحجّة، فلما بلغ أجله، و أراد الإمام الوفاء طلب الخیط و لم یدفعه حتّی أخذه.

و لو اشتری داراً و باعها من آخر و طلب المشتری الثانی کتابَ الأصل قال المحقّق: لا ـ یجب التسلیم لوجهین کونها ملکاً للمشتری الأوّل و لأنّه حجّة له علی البائع الأوّل لو خرج مستحقّاً للغیر.

یلاحظ علی الدلیل الأوّل أنّ کتاب الأصل ربّما یعدّ من توابع البیت کالمفتاح، فیکون له قسط من الثمن فلا یصحّ الامتناع من الدفع کما أنّ الدلیل الثانی لا یمنع من التسلیم، لإمکان الاستشهاد علی ابتیاعه من البائع الأوّل.

و أمّا الرائج الیوم فإذا تمّ ثبت البیت فی دائرة الأملاک، یدفع إلی صاحبه دفتر یسجّل فیه اسم المالک و هویّته، و یحدّد فیه حدود الملک و یتوارد البیوع المتأخرة علیه فلا مناص عن دفع السند الأوّل إلی المشتری.

و أمّا إذا لم یسجّل البیت فی دائرة الأملاک أو سُجّل و لکن لا بصورة کاملة فیکتفی بسند عادی أو رسمی دالّ علی البیع من ثالث، من دون الزام علی دفع سند الأصل، و ربّما لا یتمکن من الدفع إذا کان سنداً عامّاً لکثیر من البیوت و الأراضی.

نجز الکلام فی الجزء الأوّل من کتاب القضاء

و یتلوه الجزء الثانی بإذن الله

مبتدئاً بأحکام القسمة.

و الحمد لله أوّلًا و آخراً

تعریف مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

جاهِدُوا بِأَمْوالِکُمْ وَ أَنْفُسِکُمْ فی سَبیلِ اللَّهِ ذلِکُمْ خَیْرٌ لَکُمْ إِنْ کُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/۴۱).

قالَ الإمامُ علیّ ُبنُ موسَی الرِّضا – علَیهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْیَا أمْرَنا... َ یَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ یُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ کَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنادِرُ البِحار – فی تلخیص بحار الأنوار، للعلّامة فیض الاسلام، ص ۱۵۹؛ عُیونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشّیخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).

مؤسّس مُجتمَع " القائمیّة "الثّقافیّ بأصبَهانَ – إیرانَ: الشهید آیة الله" الشمس آبادی – "رَحِمَهُ اللهُ – کان أحداً من جَهابذة هذه المدینة، الذی قدِ اشتهَرَ بشَعَفِهِ بأهل بَیت النبیّ (صلواتُ اللهِ علَیهِم) و لاسیَّما بحضرة الإمام علیّ بن موسَی الرِّضا (علیه السّلام) و بساحة صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرجَهُ الشَّریفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درایته، فی سَنَةِ ۱۳۴۰ الهجریّة الشمسیّة (=۱۳۸۰ الهجریّة القمریّة)، مؤسَّسةً و طریقةً لم یَنطَفِئ مِصباحُها، بل تُتَّبَع بأقوَی و أحسَنِ مَوقِفٍ کلَّ یوم.

مرکز "القائمیّة "للتحرّی الحاسوبیّ – بأصبَهانَ، إیرانَ – قد ابتدَأ أنشِطتَهُ من سَنَةِ ۱۳۸۵ الهجریّة الشمسیّة (=۱۴۲۷ الهجریّة القمریّة) تحتَ عنایة سماحة آیة الله الحاجّ السیّد حسن الإمامیّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدَةِ جمعٍ من خِرّیجی الحوزات العلمیّة و طلاب الجوامع، باللیل و النهار، فی مجالاتٍ شتّی: دینیّة، ثقافیّة و علمیّة...

الأهداف: الدّفاع عن ساحة الشیعة و تبسیط ثَقافة الثّقَلَین (کتاب الله و اهل البیت علیهمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزیز دوافع الشّباب و عموم الناس إلی التّحَرّی الأدَقّ للمسائل الدّینیّة، تخلیف المطالب النّافعة – مکانَ البَلاتیثِ المبتذلة أو الرّدیئة – فی المحامیل (=الهواتف المنقولة) و الحواسیب (=الأجهزة الکمبیوتریّة)، تمهید أرضیّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثَقافیّةٍ علی أساس معارف القرآن و أهل البیت –علیهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققین و الطّلّاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغة هُواةِ برامِج العلوم الإسلامیّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهیل رفع الإبهام و الشّبُهات المنتشرة فی الجامعة، و...

- مِنها العَدالة الاجتماعیّة: التی یُمکِن نشرها و بثّها بالأجهزة الحدیثة متصاعدةً، علی أنّه یُمکِن تسریعُ إبراز المَرافِق و التسهیلاتِ – فی آکناف البلد – و نشرِ الثّقافةِ الاسلامیّة و الإیرانیّة – فی أنحاء العالَم – مِن جِهةٍ اُخرَی.

- من الأنشطة الواسعة للمرکز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ کتبٍ، کتیبة، نشرة شهریّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقیقیّة و مکتبیة، قابلة للتشغیل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثّلاثیّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّکة و... الأماکن الدینیّة، السیاحیّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتی "القائمیّة "www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقِعَ اُخرَ

ه) إنتاج المُنتَجات العرضیّة، الخَطابات و... للعرض فی القنوات القمریّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلمیّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعیّة، الاخلاقیّة و الاعتقادیّة (الهاتف: ۰۰۹۸۳۱۱۲۳۵۰۵۲۴)

ز) ترسیم النظام التلقائیّ و الیدویّ للبلوتوث، ویب کشک، و الرّسائل القصیرة SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراکزَ طبیعیّة و اعتباریّة، منها بیوت الآیات العِظام، الحوزات العلمیّة، الجوامع، الأماکن الدینیّة کمسجد جَمکرانَ و...

ط) إقامة المؤتمَرات، و تنفیذ مشروع "ما قبلَ المدرسة "الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِکین فی الجلسة

ی) إقامة دورات تعلیمیّة عمومیّة و دورات تربیة المربّی (حضوراً و افتراضاً) طیلة السَّنَة

المکتب الرّئیسیّ: إیران/أصبهان/ شارع"مسجد سیّد/ "ما بینَ شارع"پنج رَمَضان "ومُفترَق"وفائی/"بنایة"القائمیّة"

تاریخ التأسیس: ۱۳۸۵ الهجریّة الشمسیّة (=۱۴۲۷ الهجریة القمریّة)

رقم التسجیل: ۲۳۷۳

الهویّة الوطنیّة: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البرید الالکترونی: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتی: www.eslamshop.com

الهاتف: ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۰۹۸۳۱۱)

الفاکس: ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱)

مکتب طهرانَ ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱)

التِّجاریّة و المَبیعات ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور المستخدمین ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

ملاحَظة هامّة:

المیزانیّـة الحالیّـة لهـذا المرکز، شـَعبیّـة، تبرّعیّة، غیر حکومیّة، و غیر ربحیّة، اقتـُنِیَت باهتمام جمع من الخیّرین؛ لکنّـها لا تُـوافِی الحجمَ المتزاید و المتّسِعَ للامور الدّینیّة و العلمیّة الحالیّة و مشاریع التوسعة الثّقافیّة؛ لهذا فقد ترجَّی هذا المرکزُ صاحِبَ هذا البیتِ (المُسمَّی بالقائمیّـة) و مع ذلک، یرجو مِن جانب سماحة بقیّة الله الأعظم (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرَجَهُ الشَّریفَ) أن یُوفِّقَ الکلَّ توفیقاً متزائداً لِإعانتهم – فی حدّ التّمکّن لکلّ احدٍ منهم – إیّانا فی هذا الأمر العظیم؛ إن شاءَ اللهُ تعالی؛ و اللهُ ولیّ التوفیق.


مركز القائمية اصفهان للبحوث والتحريات الكمبيوترية
WWW
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٠٩